

Sygn. akt: KIO 566/12

## WYROK

z dnia 2 kwietnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2012 roku przez wykonawcę **Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 133/1, 41-914 Bytom**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających: **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, KW S.A. Oddział „Bobrek-Centrum”**; **Gmina Bytom reprezentowanych przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AQUA CONTROL Jarosław Bec, ul. Brzozowa 5c, 42-582 Rogoźnik**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 133/1, 41-914 Bytom** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 133/1, 41-914 Bytom** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Dnia **23 marca 2012 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 756 ze zmianami) (zwana dalej „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ar- Go Spółka z o. o. z siedzibą w Bytomiu.**

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- 1) żądaniu przedłożenia przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów nieprzewidzianych w ustawie;
- 2) przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w sposób sprzeczny z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy oraz wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2012 r. wydanym w przedmiotowym postępowaniu w sprawach o sygn. akt KIO 281/12, KIO 290/12;
- 3) wykluczeniu Odwołującego z postępowania, poprzez błędne przyjęcie jakoby nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu na skutek niezłożenia przez Odwołującego dokumentów nieprzewidzianych w ustawie a żądanych przez Zamawiającego;
- 4) wykluczeniu Odwołującego z postępowania, poprzez błędne przyjęcie jakoby Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 5) przerwaniu na Odwołującego ciężaru dowodu w zakresie wykazania, iż nie złożył on nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 6) swobodne i dowolne korzystanie i zmienianie podstawy prawnej oraz rygoru, pod którym Zamawiający wzywał Odwołującego do przedłożenia dokumentów nieprzewidzianych ustawą, prowadzących w konsekwencji do obejścia przepisów ustawy.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów:

- 1) przepisu art. 7 ust. 1 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp w związku z przepisami art. 25 i 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 6) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2012 r. wydanego w przedmiotowym postępowaniu w sprawach o sygn. akt KIO 281/12, KIO 290/12, poprzez:
  - a) żądanie w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, dokumentów niewskazanych w ww. rozporządzeniu,

- b) żądanie w celu przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego określonego w art. 26 ust. 3 i 4 dokumentów niewskazanych w ww. rozporządzeniu, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą;
- 2) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez:
- a) przyjęcie, iż ciężar dowodu w zakresie wykazania, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania ciąży na wykonawcy,
- b) żądanie przedłożenia przez wykonawcę dowodów na poparcie twierdzenia Zamawiającego, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- c) nieprzedłożenie i niepowołanie w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy konkretnych dowodów na poparcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy na skutek rzekomego złożenia przezeń nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a tym samym niewykazania przez Zamawiającego powyższego twierdzenia;
- 3) przepisu art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3, a w konsekwencji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, na skutek zmiany podstawy wykluczenia wykonawcy w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z podstawy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 na podstawę określoną w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, stanowiącej w konsekwencji obejście przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy; oraz naruszenie innych przepisów, wskazanych w odwołaniu.

Na skutek powyższych czynności i zaniechań czynności przez Zamawiającego interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Oferta Odwołującego znajduje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. W przypadku prawidłowego i zgodnego z przepisami ustawy działania Zamawiającego, oferta Odwołującego zostałaaby uznana jako najkorzystniejsza. Zamawiający, dokonując bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu **15 marca 2012 roku**, poprzez zapoznanie się z treścią pisma Zamawiającego stanowiącego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłanego za pośrednictwem faxu w dniu 15 marca 2012 roku.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego, a tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) powtórzył czynność badania i oceny ofert;
- 3) dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu w dniu Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 24 lutego 2012 r. uwzględniła dwa odwołania, w tym odwołanie Odwołującego, w zakresie podniesionych zarzutów i nakazała Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy Spółka Ciepłownicza „CENTRUM” sp. z o.o. z powodu niewykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 4) w odniesieniu do Odwołującego i czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z powodu, iż rzekomo nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, KIO stwierdziła, że „Zamawiający stwierdzając braki w dokumentacji lub oświadczeniach składanych przez Wykonawcę winien był w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do daty dysponowania osobą (...)”. Nadto KIO stwierdziła, że: „Zamawiający nie wykonując obowiązku wyjaśnienia kwestii związanych z terminem od kiedy Odwołujący dysponował osobą (...) naruszył przepis art. 26 ust. 4 ustawy pzp. Wykluczenie Odwołującego było przedwczesne, a jak wykazało niniejsze postępowanie niezasadne, dlatego też zarzut ten zasługuje na uwzględnienie”.

W tym miejscu po raz kolejny Odwołujący podniósł i podkreślił fakt, iż zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 25 ustawy Pzp, jedyne dokumentami potwierdzającymi spełnianie tego rodzaju warunków udziału w postępowaniu są:

- 1) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz
- 2) oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

Przedstawienia takich dokumentów - w zgodzie z powyższymi przepisami ustawy Pzp - żądał też Zamawiający w SIWZ, gdzie w punkcie 5.3.1. in fine wyraźnie zapisał, iż spełnianie warunku udziału w postępowaniu „należy udokumentować w formie stosownego oświadczenia Wykonawcy”.

Następnie podniesiono, iż wykonując - jak się pierwotnie wydawało - wyrok KIO z dnia 24 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 281/12, KIO 290/12), Zamawiający pismem z dnia 05 marca 2012 r. (nr SRK/TZ/862/12/KMM) wezwał wykonawcę do złożenia oświadczenia w przedmiocie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wraz z podaniem informacji od kiedy Odwołujący nimi dysponował. Określone wezwanie dokonane zostało pod rygorem wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższą czynność Zamawiającego Odwołujący ocenia jako nie pozostającą w sprzeczności z powołanymi powyżej przepisami ustawy Pzp oraz wyrokiem KIO.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący- zgodnie z treścią wezwania oraz w zgodzie z powołanymi powyżej przepisami ustawy Pzp - w piśmie z dnia 06 marca 2012 r. złożył oświadczenie, iż dysponuje on Panem Piotrem H od dnia 16.01.2012 r.

Następnie - w odpowiedzi na wskazane powyżej oświadczenie Odwołującego - Zamawiający pismem z dnia 07 marca 2012 r. (nr SRK/TZ/896/12/KMM) zażądał od Odwołującego „przedstawienia dowodu na poparcie złożonego wyjaśnienia, tzn. dokumentu z którego wynikać będzie fakt dysponowania Panem Piotrem H od dnia 16.01.2012 r.”

W ocenie Odwołującego powyższa czynność Zamawiającego stanowi:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) poprzez żądanie w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, dokumentów niewskazanych w rozporządzeniu.
- 2) jak również czynność sprzeczna z wyrokiem KIO z dnia 24 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 281/12, KIO 290/12).

Odwołujący w piśmie z dnia 09 marca 2012 r. wskazał Zamawiającemu na powyższe okoliczności, zwracając się jednocześnie o potwierdzenie, czy podtrzymuje on żądanie zawarte w piśmie nr SRK/TZ/896/12/KMM z dnia 07.03.2012 r., a tym samym zamierza dokonać względem Wykonawcy w ramach przedmiotowego postępowania czynności sprzecznej z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na powyższe pismo Odwołującego, Zamawiający pismem z dnia 12 marca 2012 r. (nr SRK/TZ/854/12/KMM) podtrzymał swoje stanowisko, jednocześnie wzywając Odwołującego się do „przedstawienia dokumentu, tj. umowy o prace zawartej z Panem Piotrem H (...)”.

W ocenie Odwołującego powyższa czynność Zamawiającego stanowi naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp oraz wyroku KIO, poprzez żądanie w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy,

dokumentów niewskazanych w rozporządzeniu, w tym przypadku konkretnego dokumentu w postaci umowy o prace.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w powyższym piśmie - stanowiącym podtrzymanie stanowiska Zamawiającego z pisma z dnia 07 marca 2012 r. - dokonał zmiany podstawy prawnej oraz rygoru, pod którym wzywa Odwołującego do przedłożenia dokumentów niewymaganych przez ustawę Pzp, tj. pod rygorem wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podczas gdy pierwotnie opierał się na przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego takie postępowanie Zamawiającego - polegające na zmianie podstawy wykluczenia wykonawcy w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z podstawy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 na podstawie określoną w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - stanowi obejście przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a tym samym stanowi czynność dotkniętą nieważnością bezwzględna na podstawie przepisu art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy. Takie też postępowanie jest sprzeczne z nakazami skierowanymi do Zamawiającymi w wyroku KIO z dnia 24 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 281/12, KIO 290/12).

W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 14 marca 2012 r. podtrzymał swoje stanowisko odnośnie sprzeczności żądań Zamawiającego z powołanymi wcześniej przepisami ustawy Pzp oraz wyrokiem KIO, ponownie zwracając się o potwierdzenie, czy podtrzymuje żądanie, a tym samym zamierza dokonać względem wykonawcy w ramach przedmiotowego postępowania czynności sprzecznej z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 15 marca 2012 r. (nr SRK/TZ/1098/12/KMM) Zamawiający poinformował Odwołującego oraz pozostałych wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Wykluczenie Odwołującego nastąpiło na połączonych podstawach wynikających z następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - tj. niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - tj. złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie Odwołującego połączenie przez Zamawiającego obu podstaw wykluczenia, stanowi swoiste zabezpieczenie się Zamawiającego na potrzeby ewentualnego odwołania się Odwołującego od czynności wykluczenia, co uznać należy za swoiste kuriozum.

W pierwotnych pismach bowiem była to podstawa z pkt 4 art. 24 ust. 2, zmieniona następnie na pkt 3 art. 24 ust. 2, aby ostatecznie w uzasadnieniu wykluczenia zaistnieć łącznie.

Odnosząc się do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - tj. z powodu rzekomego złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, wskazano, iż Zamawiający nie przedłożył ani nie powołał (poza enigmatycznym stwierdzeniem o „złożeniu informacji” przez jednego z wykonawców) jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie tego twierdzenia, zarówno w toku „postępowania wyjaśniającego” jak i w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Co więcej, Zamawiający próbował - pierwotnie na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 w odniesieniu do przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4, oraz pod pretekstem wykonywania wyroku KIO - przerzucić na Odwołującego ciężar dowodzenia w przedmiotowej kwestii. Tymczasem zgodnie z art. 6 k.c, do którego należy w kwestii ciężaru dowodowego odesłać poprzez art. 14 ustawy Pzp, ciężar wykazania, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania, spoczywa na Zamawiającym (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy).

Na marginesie zaznaczono, iż intencją Odwołującego nie jest nieprzedstawianie dowodów na poparcie dysponowania przezeń wskazanymi w ofercie osobami którymi dysponuje, ani też utrudnianie czy też przewlekanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz li wyłącznie dbałość o dokonywanie przez Zamawiającego czynności zgodnie z obowiązującymi regulacjami Prawa zamówień publicznych, które to czynności w przedmiotowym postępowaniu zostały już kilkakrotnie zakwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą. W ocenie Odwołującego bowiem, przyzwalanie na nawet najmniejsze naruszenia ustawy prowadzi do utrwalenia niezgodnej z prawem praktyki i samowoli podmiotów udzielających zamówień publicznych, a w konsekwencji do arbitralnych rozstrzygnięć oraz nierównego traktowania wykonawców.

W dniu **26 marca 2012 roku**, po otrzymaniu wezwania z dnia 22 marca 2012 roku o wniesieniu odwołania, do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AQUA CONTROL” Jarosław Bec z siedzibą w Rogoźniku**.

Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania. Podniósł, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a uwzględnienie odwołania skutkowało by pozbawienie jej tego statusu.

Kopia przystąpienia została przekazana strono postępowania.

Przystępujący zwrócił uwagę na uchybienie terminowi do jego wniesienia. Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 tego artykułu (a do takich zalicza się m.in. skierowanie do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień) wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp



w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Skoro zatem Odwołujący powziął wiadomość o żądaniu Zamawiającego złożenia dokumentu potwierdzającego datę, od której pana Piotr H jest związany stosunkiem pracy z Odwołującym, dnia 7 marca 2012 roku, od tego dnia należy liczyć termin 10 dni na wniesienie odwołania od tej czynności Zamawiającego. Odwołujący miał tego świadomość, ponieważ w piśmie z dnia 12 marca 2012 roku, wyznaczając Zamawiającemu termin na potwierdzenie uprzednio wystosowanego żądania, wskazał, iż termin ten musi umożliwiać mu skorzystanie z uprawnień przysługujących na podstawie art. 180 Pzp. Oznacza to, iż odwołanie w zakresie dotyczącym czynności Zamawiającego polegających na żądaniu przedłożenia przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału oraz przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w sposób sprzeczny z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz wyrokiem KIO z lutego 2012 roku powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnosząc się do kwestii rzekomego nadmiernego żądania Zamawiającego, nie znajdującego podstaw w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz rozporządzenia o dokumentach, Przystępujący zwrócił uwagę, że przepisy tego rozporządzenia znajdują zastosowanie jedynie do procedury prowadzonej na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu natomiast Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wobec dowodów, którymi dysponował Zamawiający, z których jednoznacznie wynikało, że Odwołującego nie wiąże stosunek pracy z Panem Piotrem H najpóźniej w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, oczekiwanie przez Zamawiającego przedłożenia dowodów potwierdzających uprzednie odmienne twierdzenie Odwołującego stanowi przejaw dobrej woli. Już bowiem na podstawie dowodów, które znajdowały się w dyspozycji Zamawiającego w dniu 7 marca 2012 roku, Zamawiający był uprawniony i zarazem zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Zamiast przedłożyć dokument potwierdzający stosunek pracy pomiędzy panem Piotrem H, działania Odwołującego sprowadzają się jedynie do polemiki z wezwaniem Zamawiającego. Tym samym, wobec nieuczynienia zadość wezwaniu Zamawiającego, Zamawiający miał podstawy do wykluczenia wykonawcy. Przystępujący wnosił o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana Piotra H.

Jako zarzut niezasadny i pozostający bez wpływu na wynik postępowania ocenić należy zarzut swobodnego i dowolnego korzystania i zmieniania podstawy prawnej oraz rygoru, pod którym Zamawiający wzywał Odwołującego do przedłożenia dokumentów. Z żadnego przepisu prawa nie wynika konieczność wskazywania skutków nieuczynienia zadość wezwaniu Zamawiającego, a zaistnienie przesłanek wskazanych w ustawie Pzp

obliguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podobnie należy ocenić sprostowanie podstawy prawnej wykluczenia wykonawcy.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, przesłuchania świadka, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i złożył ofertę z najniższą ceną, a także odrzucenia jego oferty, pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności: z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, z treści dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego się i jego oświadczenia z dnia 7 marca 2012 roku, z korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, jak również dowód zawnioskowany przez Przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia i podtrzymany w toku rozprawy w postaci zeznań świadka zgłoszony na okoliczność daty, od której łączy świadka z Odwołującym stosunek pracy.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp pn. <<Odwadnianie niecek bezodpływowych na terenie Gminy Bytom - utrzymanie w 2012r. przepompowni: Staw 24 - zalewisko, Karb - Prefabrykaty, Karb II, Zachodnia, staw 36, ROD „Kościuszko”, ROD „Łan”,

staw 32, staw 39/29, Północna, Zielona, Dworska>> prowadzi Zamawiający występujący wspólnie:

- 1) Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna,
- 2) KW S.A. Oddział „Bobrek - Centrum”,
- 3) Gmina Bytom

reprezentowany przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 240-389454 z 14 grudnia 2011 r.

5 marca 2012 roku Zamawiający, działając na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2012 roku (sygn. akt KIO 281/12, 290/12) i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Odwołującego się, do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący miał wziąć pod uwagę uzupełniony dokument stanowiący załącznik nr 3 do druku oferta – „Wykaz personelu” opatrzony datą 26 stycznia 2012 roku, w którym oświadczył, że podstawą dysponowania osobą Pana Piotra H jest umowa o pracę. Zamawiający zwrócił się o podanie informacji od kiedy Odwołujący dysponuje wskazaną osobą. Wyjaśnienia należało złożyć do 7 marca 2012 roku. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że nie złożenie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu w wyznaczonym terminie skutkować będzie wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a oferta zostanie odrzucona.

7 marca 2012 roku (pismem z dnia 6 marca 2012 roku wykonawca złożył wyjaśnienia, oświadczając, iż Panem Piotrem H dysponuje od dnia 16 stycznia 2012 roku.

7 marca 2012 roku Zamawiający, w związku z otrzymanym wyjaśnieniem, kontynuując procedurę wyjaśniającą zgodną z wytycznymi wynikającymi z wyroku KIO z dnia 5 listopada 2010 roku (sygn. akt KIO 2343/10) zwrócił się z prośbą o przedstawienie dowodu na poparcie złożonego wyjaśnienia, tj. dokumentu, z którego wynikać będzie fakt dysponowania wskazaną osobą od 16 stycznia 2012 roku. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 6 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Dowód należało złożyć do 9 marca 2012 roku. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że nie złożenie dokumentu w wyznaczonym terminie skutkować może wykluczeniem z postępowania i ewentualnym odrzuceniem oferty. Nie wskazał przy tym żadnej konkretnej podstawy prawnej.

W dniu 7 marca 2012 roku Zamawiający otrzymał także do wykonawcy będącego Przystępującym w postępowaniu odwoławczym pismo, z którego wynikało, że przeprowadził on rozmowę z Panem Piotrem H, w której kilkakrotnie podkreślił on, że do dnia 5 marca 2012 roku nie jest on związany żadną umową z Odwołującym. Jeśli chodzi zaś

o udostępnienie uprawnień, to firma Odwołującego zgłosiła się do niego po dniu 19 stycznia 2012 roku w okresie kiedy Zamawiający wystąpił o uzupełnienie dokumentów. Do pisma załączono dowód w postaci nagrania rozmowy oraz oświadczenia osób obecnych na spotkaniu.

9 marca 2012 roku Odwołujący złożył pismo, w którym wskazał, że żądanie wystosowane przez Zamawiającego stanowi czynność niezgodną z przepisami ustawy Pzp, w tym z art. 26 ust. 3 i 4 oraz § 1 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia o dokumentach. Podniósł także, że przywołany w piśmie Zamawiającego wyrok KIO został wydany w odmiennym stanie prawnym, a KIO nie wydaje wytycznych, jej wyroki nie wiążą osób trzecich i składów w innych sprawach. Zamawiający związany jest wyrokiem KIO wydanym w przedmiotowym postępowaniu, natomiast wystosowane żądanie pozostaje w sprzeczności z wyrokiem zapadłym w przedmiotowym postępowaniu. KIO wyraźnie w wyroku wskazała, że Zamawiający niedostatecznie wyjaśnił kwestię złożonego przez wykonawcę oświadczenia w przedmiocie dysponowania stosownymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiającemu nakazano wyjaśnienie czy wykonawca dysponował daną osobą na dzień składania ofert. Odwołujący zaznaczył, że wyjaśnienie tej kwestii musi być przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp i aktów wykonawczych do ustawy. Jedynym dokumentem jakiego może żądać Zamawiający jest stosowane oświadczenie wykonawcy, które to oświadczenie Zamawiający już otrzymał w dniu 7 marca 2012 roku. W związku z powyższym, wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o potwierdzenie, czy podtrzymuje żądanie z dnia 7 marca 2012 roku.

12 marca 2012 roku Zamawiający, w odpowiedzi na pismo z 9 marca 2012 roku, podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko zawarte w piśmie z dnia 7 marca 2012 roku i ponownie zwrócił się o przedstawienie dokumentu, tj. umowy o pracę zwartej z Panem Piotrem H, potwierdzającej spełnianie warunku dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Dokument ten należało złożyć do 14 marca 2012 roku. Zamawiający poinformował, że nie złożenie dokumentu w wyznaczonym terminie skutkować będzie wykluczeniem z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a oferta zostanie odrzucona.

14 marca 2012 roku wykonawca odpowiedział na wezwanie Zamawiającego. Podniósł, że uczynił zadość żądaniu Zamawiającego zgłoszonemu w piśmie z 5 marca 2012 roku poprzez złożenie stosowanego oświadczenia. Ponownie podniósł, że jedynym dokumentem, jakiego może żądać Zamawiający jest oświadczenie wykonawcy, które to oświadczenie Zamawiający w dniu 7 marca 2012 roku otrzymał. Ponadto wskazał, że w pouczeniu w piśmie z dnia 12 marca 2012 roku błędnie podano podstawę prawną przywołując art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podczas gdy podstawą pierwotnego wykluczenia

wykonawcy wzruszonego przez KIO był art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, którego poprawne zastosowanie KIO nakazała wyrokiem. Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o potwierdzenie, czy podtrzymuje on żądanie z dnia 12 marca 2012 roku i czy zamierza dokonać czynności sprzecznej z ustawą Pzp.

W dniu 15 marca 2012 roku (sprostowanie pisma z dnia 16 marca 2012 roku) Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zaznaczył, że w związku ze złożeniem przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AQUA CONTROL” Jarosław Bec informacji wraz z dowodem, z której wynikało, że wykonawca Odwołujący się do dnia 5 marca 2012 roku nie zawarł żadnej umowy, w tym także umowy o pracę z Panem Piotrem H i ponadto o udostępnienie uprawnień Odwołujący się wykonawca zwrócił się do tej osoby dopiero po 19 stycznia 2012 roku, a dokładnie po zwróceniu się przez Zamawiającego o uzupełnienie złożonej oferty, działania Zamawiającego w celu stwierdzenia dysponowania osobą Pana Piotra H w dniu składania ofert, czyli zbadania spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a także prawdziwości złożonych przez niego informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania stały się konieczne. Wobec nie wykazania przez wykonawcę AR-GO spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie później niż w dniu składania ofert, a także wobec posiadania informacji o złożeniu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w przedmiotowym postępowaniu, co ma lub może mieć wpływ na jego wynik, należało wykonawcę wykluczyć.

Na powyższą czynność Zamawiającego odwołanie złożył wykonawca Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:**

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty

z treścią SIWZ. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publicznej ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym oraz dokumenty, na podstawie których odbywała będzie się ocena merytoryczna treści oferty w wymienionych i opisanych kryteriach oceny.

Dostrzeżenia wymaga fakt, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku postępowania złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż 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.

Biorąc pod uwagę powyższe, wypełnienie hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. konieczność 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. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, za nieprawdziwe mogą zostać uznane takie informacje, które są niezgodne z faktami i przedstawiają odmienny od rzeczywistości stan rzeczy. Tym samym informacje nieprawdziwe to takie, które odmiennie prezentują istniejący stan rzeczy mogący wywołać u odbiorcy, do którego są kierowane, mylne wyobrażenie o istotnych dla tego podmiotu okolicznościach i faktach. Samodzielna analiza tych faktów lub pozyskanie informacji o nich z innego źródła powoduje, iż sądy o nich kształtują się w sposób odmienny od sądów uznanych za nieprawdziwe. Należy w tym miejscu wskazać, iż szczególnie podatne na

niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik 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.

Skład orzekający podziela pogląd wyrażony w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w których zostało m.in. wskazane, 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 (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1778/09 oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1223/09). Bez znaczenia pozostaje sposób przedstawienia informacji nieprawdziwych, a także fakt, czy zostaną one przedłożone wraz z wnioskiem lub ofertą, czy też zostaną przedstawione w ramach uzupełnienia dokumentów w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy też w ramach wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Bez znaczenia jest również okoliczność, czy będą to oświadczenia lub dokumenty sporządzone przez wykonawcę, czy też przez podmioty trzecie. Istotne jest jedynie przedstawienie w jakiegokolwiek formie w toku postępowania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na jego wynik.

Izba wskazuje również, iż 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, ponieważ warunkują one wybór oferty takiego wykonawcy.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa nie istnieje możliwość konwalidowania czynności złożenia nieprawdziwych informacji. Taki pogląd został wyrażony m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 1223/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 p.z.p. podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane”. Skład orzekający w przedmiotowym postępowaniu w pełni podziela pogląd zaprezentowany w powyższym orzeczeniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności wykluczenia Odwołującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji i nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zgodzić należało się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego.

W toku postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Przystępujący przedstawił dowody, z których wynikało, iż wykonawca Odwołujący się na dzień składania ofert nie dysponował osobą o odpowiednich uprawnieniach w specjalności robót elektrycznych (wbrew złożonym oświadczeniom), wymaganą przez Zamawiającego. Po uzyskaniu takich informacji Zamawiający zobligowany był przeprowadzić procedurę wyjaśniającą, tak aby wykluczyć możliwość złożenia nieprawdziwych informacji i dokonać prawidłowej oceny wykonawców w zakresie spełniania warunków udziału i oceny ich ofert.

W toku zaś postępowania odwoławczego i rozprawy, przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka – pana Piotra H, jednoznacznie wykazało, iż rozmowy o udostępnieniu uprawnień wykonawca Odwołujący podjął po upływie terminu składania ofert, w dniu 24 stycznia 2012 roku otrzymawszy wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Uzasadnia to jednocześnie datę widniejącą na dokumencie uzupełnionym przez wykonawcę na pierwsze wezwanie Zamawiającego, a mianowicie 26 stycznia 2012 roku, ponieważ świadek wprost stwierdził, że nie zgodził się na inną datę niż data od rozpoczęcia rozmów. Tym samym składając w dniu 7 marca 2012 roku oświadczenie o dysponowaniu wymienioną osobą od 16 stycznia 2012 roku, wykonawca Odwołujący się miał świadomość i wiedział, iż oświadcza niezgodnie ze stanem faktycznym. Podobną tezę można odnieść do podstawy dysponowania osobą, gdzie wykonawca Odwołujący się w tabeli wpisał „umowa o pracę”. Z zeznań świadka bowiem wynika, iż strony nigdy nie łączyła umowa o pracę, a umowa cywilna na zlecenie wykonania prac objętych przedmiotem zamówienia zawarta została dopiero w dniu 1 marca 2012 roku. Fakt prowadzenia z udostępniającym zasób rozmów o charakterze umowy, która miała łączyć strony, nie uprawniał zatem wykonawcy do złożenia oświadczenia, iż podstawą dysponowania osobą jest umowa o pracę.

Biorąc pod uwagę powyższe bezspornym jest, przy uwzględnieniu dowodów zaprezentowanych przez Przystępującego i Zamawiającego, że Odwołujący w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego przedstawił nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie odniósł się, a nawet nie próbował odnieść się do przedstawionych dowodów, jak również nie przedstawił w tym zakresie dowodów przeciwnych. Tym samym Izba powyższy fakt uznała za udowodniony. Zaznaczyć także należy, że o ile można zgodzić się z tezą prezentowaną w odwołaniu, że w momencie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, to już w momencie skorzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, to na nim spoczywa obowiązek udowodnienia, że złożone informacje nie są nieprawdziwe. Tymczasem Odwołujący ograniczył się do gołosłownych twierdzeń, nie popartych jakimikolwiek wnioskami dowodowymi. Nie pojął nawet



próby obrony swojej oferty i złożonych oświadczeń. Nie wykazał się jakąkolwiek aktywnością dowodową.

W ocenie Izby spełniona została także druga z przesłanek wyrażonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która uzależnia wykluczenie z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje, od wykazania wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe ma bowiem bezpośredni związek z przedstawieniem przez Odwołującego nieprawdziwych informacji. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktyczny przedstawienie przez Odwołującego w odniesieniu do zasobu kadrowego – osoby udostępnionej, pana Piotra H., nieprawdziwych informacji nie tylko mogło, ale miało wpływ na wynik postępowania. Została spełniona najdalej idąca z możliwych alternatywnych przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co jednocześnie obligowało Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy Odwołującego się z przedmiotowego postępowania. Dostrzeżenia wymaga fakt, że Zamawiający swoją decyzję o spełnieniu przez poszczególnych wykonawców warunków udziału w postępowaniu i tym samym o wyborze oferty najkorzystniejszej może podjąć tylko i wyłącznie w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedstawienie przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wpływ na wynik tego postępowania, będący szeregiem działań i decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w toku tego ostatniego, jest tu kluczowym elementem podlegającym ocenie. Istotny jest zatem fakt, na podstawie jakich informacji Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy i czy decyzja ta była uzasadniona. Jak już zaznaczono, Zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oceniając oferty dysponował wiedzą i dowodami przedstawionymi przez Przystępującego, które w ocenie składu orzekającego pozwalały na podjęcie decyzji o wykluczeniu, a wykonawca po pierwsze nie wykazał spełniania warunku udziału, po drugie zaś – złożył nieprawdziwe informacje.

Konkludując, uznano, iż istniały podstawy do stwierdzenia, iż informacje złożone przez Odwołującego w wyniku postępowania wyjaśniającego wypełniają hipotezy norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, jakoby Zamawiający żądał przedłożenia przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów nieprzewidzianych w ustawie oraz zarzutu przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w sposób sprzeczny z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy oraz wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2012 r. wydanym w przedmiotowym postępowaniu w sprawach o sygn. akt KIO 281/12, KIO 290/12, wskazać należy, iż Zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia dodatkowych dokumentów nie odnosił się do spełniania czy też

niespełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu ale zweryfikować chciał (a w ocenie Izby także powinien) informacje uzyskane od innego wykonawcy, a odnoszące się do prawdziwości złożonych przez Odwołującego oświadczeń (vide pismo Zamawiającego z dnia 12 marca 2012 roku). Potwierdza to odwołanie się w przywołanym piśmie do art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako ewentualnej podstawy wykluczenia. Wykonawca, profesjonalista uczestniczący w obrocie gospodarczym, winien wiedzieć, że przepis ten tyczy się badania przez Zamawiającego możliwości złożenia nieprawdziwych informacji, których stwierdzenie niewątpliwie wpłynąć może także na samo potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak słusznie także zauważył Przystępujący w przystąpieniu, procedura wyjaśniająca na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie odnosi się do przepisów rozporządzenia o dokumentach. Zamawiający w momencie powzięcia wątpliwości może, a nawet musi przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, co też w przedmiotowym postępowaniu uczynił, zwłaszcza w zakresie zarzutu nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w sposób sprzeczny z art. 26 ust. 3 i 4 oraz wyrokiem KIO z lutego 2012 roku, to wskazać należy, iż wyrok Krajowej Izby nie odnosił się do zagadnienia badania nieprawdziwości złożonych przez wykonawcę informacji z tej prostej przyczyny, że informacje obecnie kwestionowane przez Zamawiającego nie istniały w momencie wyrokowania przez Krajową Izbę. Wątpliwości Zamawiającego pojawiły się w wyniku złożenia przez wykonawcę dodatkowego oświadczenia o momencie dysponowania osobą udostępnioną. Wyjaśnienie tej kwestii nakazane zostało wspomnianym wyrokiem KIO. Natomiast w momencie uzyskania informacji od innego wykonawcy, Zamawiający zobligowany został do zbadania i sprawdzenia prawdziwości złożonego dodatkowego oświadczenia. Jest to element całkowicie oderwany od uprzednio toczącego się postępowania odwoławczego i nie uzasadnia zarzutu stawianego przez Odwołującego się.

W zakresie swobodnego i dowolnego korzystania i zmieniania podstawy prawnej oraz rygoru, pod którym Zamawiający wzywał Odwołującego do przedłożenia dokumentów, to zauważyć należy, iż działań Zamawiającego nie cechuje dowolność. Abstrahując od stanowiska, iż jest to zarzut pozostający bez wpływu na wynik postępowania, to dostrzeżenia wymaga fakt, że w wezwaniu z dnia 5 marca 2012 roku, którym wykonawca udowodnić miał spełnianie warunków udziału, wskazano (prawidłowo) jako ewentualną podstawę wykluczenia – art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wezwanie wykonawcy z 7 marca 2012 roku w ogóle nie zawierało jakiegokolwiek odniesienia do podstaw wykluczenia, natomiast w wezwaniu z 12 marca 2012 roku wskazano wprost art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a więc odwołano się do kwestii nieprawdziwych informacji. Biorąc pod uwagę, że w dniu 7 marca 2012 roku Zamawiający uzyskał dodatkowe informacje na temat złożonego przez Odwołującego

oświadczenia, uznać można, iż kolejne wezwania układają się w pewną logiczną całość: badanie spełniania warunku, powzięcie wątpliwości co do złożonego oświadczenia o spełnianiu warunku, wezwanie do wyjaśnienia tych wątpliwości. Nie ma zatem żadnych podstaw, aby działania Zamawiającego uznać za dowolne, swobodne, czy też nie znajdujące oparcia w przepisach prawa.

Reasumując, w ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**