

**WYROK**

**z dnia 22 grudnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Jolanta Markowska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Przedsiębiorstwo Budowlane ARBET Sp. z o.o.**

**ul. Budowlana 3, 10-424 Olsztyn**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie**

**ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111, 12-100 Szczytno**

protestu z dnia 10 listopada 2009 r.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlane ARBET Sp. z o.o. ul. Budowlana 3, 10-424 Olsztyn i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa

- złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane ARBET Sp. z o.o. ul. Budowlana 3, 10-424 Olsztyn,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budowlane ARBET Sp. z o.o. ul. Budowlana 3, 10-424 Olsztyn** na rzecz **Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111, 12-100 Szczytno** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego ARBET Sp. z o.o. ul. Budowlana 3, 10-424 Olsztyn.**

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę i wyposażenie Policijnego Centrum Analityczno Badawczego w Wyższej Szkole Policji w Szczytnie dla wzmocnienia bezpieczeństwa kraju* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 11 września 2009 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 153739 (kilkakrotnie zmieniane). Zamawiający określił wartość zamówienia na 17.062.038,90 złotych, a więc nie przekracza ona tzw. progów unijnych.

W § 5 ust. 1 pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim pod względem kwalifikacji potencjałem kadrowym zdolnym do realizacji zamówienia w zakresie instalacji zabezpieczenia, inteligentnych, sieci i okablowania strukturalnego – minimum 1 osoby posiadającej uprawnienia i certyfikaty do realizacji instalacji, uruchamiania i programowania systemu EIB. Na potwierdzenie wykonawcy musieli

przedstawić wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w którym miała być ujęta również ta osoba wraz z załączeniem kopii jej uprawnień (§ 6 ust. 1 pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Poza tym, jeżeli w wykazie wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował, zobowiązany był załączyć do oferty pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób ujętych w ww. wykazie zdolnych do wykonania zamówienia.

Natomiast w załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiącym wzór „wykazu osób” w kolumnie „Sposób dysponowania osobą dysponującą/będę dysponował\*\*” wykonawcy mieli określić ów sposób dysponowania personelem. (wyjaśnienie \*\* – zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – w przypadku, gdy wykonawca na dzień składania ofert nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia.)

Termin składania ofert upłynął 22 października 2009 r. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Odwołujący wskazał w „wykazie osób” pana Norberta W z adnotacją we wskazanej kolumnie, iż nim dysponuje i załączając kopię certyfikatu EIB wystawioną na nazwisko pana W i firmę Sprint Sp. z o.o., w języku angielskim. 24 października 2009 r. Zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentu poprzez przedłożenie jego tłumaczenia na język polski. Odwołujący uzupełnił dokument w wyznaczonym terminie.

27 października 2009 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo w sprawie wyjaśnienia, w jaki sposób należy interpretować zawarte w ofercie oświadczenie o dysponowaniu osobą pana Norberta W wobec oświadczeń przedstawiciela Sprint Sp. z o.o. w pozostałych ofertach – czy posiada on umowę o pracę lub umowę cywilnoprawną z Odwołującym. Z dalszej treści pisma wynika, że w innych dwóch ofertach (Budimex Dromex S.A. oraz Pol-Aqua S.A.) również został wskazany pan W, a w ofertach tych załączono oświadczenia przedstawiciela Sprint Sp. z o.o. o udostępnieniu pana W.

Pismem z 29 października 2009 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż pan Norbert W został wpisany do oferty omyłkowo i przedstawił poprawiony „wykaz osób”, w którym podał nową osobę – pana Adama B wraz z kopią jego certyfikatu EIB oraz oświadczeniem firmy wymienionej w treści certyfikatu o udostępnieniu tej osoby datowanym na 21 października 2009 r.

4 listopada 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Budimex Dromex S. A. i wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, polegających na złożeniu oświadczenia o dysponowaniu osobą pana W niezgodnie ze stanem faktycznym. W uzasadnieniu Zamawiający powołał się na pismo otrzymane od Budimex Dromex S.A. z 2 listopada 2009 r., w którym wykonawca ten stwierdził, iż oświadczenie dotyczące pana W jest niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż ani pan W, ani Sprint Sp. z o.o. nie wyrazili zgody na pełnienie funkcji kierownika robót branży telekomunikacyjnej i teletechnicznej na rzecz Odwołującego w przedmiotowej inwestycji, na potwierdzenie czego załączył oświadczenia pana W i wiceprezesa zarządu Sprint Sp. z o.o.

10 listopada 2009 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 19 listopada 2009 r. podtrzymując swoje stanowisko i dodając, iż złożenie nieprawdziwego oświadczenia jest uchybieniem, którego nie da się naprawić w toku postępowania, dlatego bezcelowe byłoby wzywaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, a nieprawdziwe informacje nie są tym samym, co błąd.

Od tego rozstrzygnięcia 24 listopada 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo który złożył wymagane przez Zamawiającego oświadczenia

i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie,

2. art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy, do złożenia, w wyznaczonym przez siebie terminie, wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego obiektywnej oceny dokumentów złożonych przez oferentów, wymaganych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokonanie oceny złożonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sposób nie gwarantujący zachowania uczciwej konkurencji,

4. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru wykonawcy w sposób nie gwarantujący równego traktowania wszystkich podmiotów oraz udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Nadto w treści protestu, jako zarzut podniesiono, że Zamawiający zobowiązany był do wykazania, iż złożone oświadczenia są nieprawdziwe i że mają istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o rozstrzygnięcie odwołania poprzez nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Budimex Dromex S.A. i powtórzenia dokonania czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, iż w chwili uzupełniania tłumaczenia certyfikatu nie był jeszcze świadomy popełnienia podczas składania oferty omyłki, polegającej na złożeniu oferty z dokumentami zawierającymi błędy. Podobnie, jak pozostali wykonawcy, tak i Odwołujący posługuje się dokumentami przedstawionymi przez podwykonawców danego zakresu prac. W uzasadnieniu wykluczenia i oddalenia protestu Odwołującego, Zamawiający w sposób niezasadny i bez żadnej podstawy prawnej nadinterpretuje spełnienie przez Odwołującego żądania Zamawiającego, poprzez twierdzenie, iż „w wyznaczonym terminie Wykonawca dostarczył przetłumaczony na język polski certyfikat ww. osoby, potwierdzając tym

samym, że osoba podana w ofercie spełnia warunek określony przez Zamawiającego”, bowiem, skoro Zamawiający wystąpił w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący zobowiązany był spełnić to żądanie, tj. uzupełnić konkretny dokument, a nie składać wyjaśnienia, których konieczności składania się nie spodziewał. Już po otrzymaniu tłumaczenia Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odnośnie dysponowania osobą pana W. Właśnie w tym momencie Odwołujący, po konsultacji ze swoim podwykonawcą, zorientował się, że jego oferta zawiera błędy, a w związku z tym, wskazał nową osobę posiadającą wymagane kwalifikacje jednocześnie wycofując pana W. Tym samym od 29 października 2009 r. Zamawiający posiadał informację, że dla spełnienia warunku Odwołujący do swojej oferty zgłasza pana Adama B wraz ze wszystkimi wymaganymi dokumentami. Jeżeli Zamawiający nie uznał wyjaśnień Odwołującego w tej kwestii, zobowiązany był, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwać Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego jako bezpośrednią przyczynę wykluczenia Zamawiający podaje informację uzyskaną od innego uczestnika postępowania, gdy w tym czasie posiadał już stosowne dokumenty potwierdzające, że Odwołujący wycofał ze swojej oferty pana W, jako przedstawionego omyłkowo, a zatem zarzuty podniesione w treści ww. informacji były dla niniejszego postępowania bezprzedmiotowe. Poza tym okoliczność tę należało wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Zamawiający, gdyby zwrócił się o wyjaśnienie, uzyskałby informacje zaprzeczające tezie o rzekomo nieprawdziwych informacjach. Bowiem Odwołujący zwrócił się do swojego podwykonawcy z prośbą wyjaśnienie sytuacji, który dostarczył oświadczenie pana Walkiewicza, z którego wynika, że teza o rzekomo nieprawdziwych informacjach jest bezpodstawna.

Zdaniem Odwołującego w zasadzie nawet nie było konieczne uzyskanie dodatkowych wyjaśnień, gdyż oświadczenie Odwołującego z 29 października 2009 r. o omyłkowym podaniu personaliów osoby posiadającej certyfikat EIB, zawierało informację świadcząca, iż na dzień złożenia oferty spełniał on wszystkie warunki pozwalające na udział w przetargu.

Do odwołania Odwołujący załączył kopię oświadczenia pana Norberta Walkiewicza, w którym oświadczył on, iż udostępnił swój certyfikat EIB w niniejszym przetargu w dobrej wierze firmie ELNET Rafał Czarnecki jako podwykonawcy Odwołującego, jednak nie był świadomy, że nie może udostępnić tego certyfikatu bez porozumienia – zgody zarządu Sprint Sp. z o.o. z uwagi na to, że certyfikat ten jest wystawiony na jego osobę jako pracownika Sprint Sp. z o.o.

Na podstawie powyższego stanu faktycznego ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż działanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu go z postępowania, ma bezpośredni wpływ na uzyskanie przez niego zamówienia. Interes ten istnieje niezależnie od ewentualnych uchybień formalnych protestu. Niezależnie od nieprzywołania stosownego artykułu ustawy Prawo zamówień publicznych, z treści protestu, a później odwołania wynika jednoznacznie, że Odwołujący nie zgadza się z powyższą czynnością, a protest ten jest wnoszony w celu uzyskania zmiany tej decyzji. Dodatkowo, w treści odwołania zostało sformułowane żądanie nakazania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne

zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Na potwierdzenie tej cechy wykonawców Zamawiający zażądał spełnienia kilku warunków, m.in. przedstawienia osoby z certyfikatem EIB. Niewykazanie się spełnieniem tego warunku powodowałoby wykluczenie wykonawcy z postępowania, dlatego w praktyce wytworzył się pogląd, iż podane w tym zakresie informacje mają wpływ na sytuację wykonawcy, zwłaszcza wykonawcy, który złożył ofertę potencjalnie najkorzystniejszą, a tym samym i na wynik postępowania.

Z treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający musi wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten, poza samym faktem złożenia informacji nieprawdziwej, dla swojej skuteczności nie odnosi się do żadnych dodatkowych okoliczności, które muszą zaistnieć po stronie wykonawcy, np. jego zamiaru, stopnia winy lub stanu świadomości. Jest to niewątpliwie związane z tym, że zamawiający kwalifikują wykonawców i ich oferty w oparciu o oświadczenia i dokumenty przez tych wykonawców składane, a zatem muszą działać w zaufaniu do tych dokumentów, a celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest prowadzenie śledztwa dla zbadania intencji poszczególnych wykonawców. Z tego też powodu wykonawca składając zamawiającemu oświadczenia i dokumenty, zwłaszcza te o szczególnym znaczeniu dla postępowania jak oferta lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zobowiązany jest, zgodnie m.in. z dyspozycją art. 355 § 1 i 2 kodeksu cywilnego, dołożyć należytej staranności z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności, a więc przy zachowaniu podwyższonego miernika jej oceny wymaganego od profesjonalnego uczestnika. Jeżeli zaś w tym celu opiera się na innych osobach lub podmiotach (podwykonawcach), robi to na własne ryzyko. Podanie nieprawdziwej informacji nie podlega sanacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, a przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje możliwości uzupełnienia takiego dokumentu.



Nieprawdziwą informacją jest informacja przedstawiająca stan odmienny od istniejącego w rzeczywistości. W niniejszym postępowaniu bezsporne jest, iż, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, Odwołujący przyznał, że nie będzie mógł dysponować panem Norbertem W w sposób wskazany w „wykazie osób”. W odwołaniu i podczas rozprawy Odwołujący twierdził, iż osobą tą mógł dysponować na dzień składania ofert, a dopiero później zrezygnowała ona z udziału w wykonaniu zamówienia. Jednak Izbie nie został przedstawiony żaden dowód na poparcie tego twierdzenia.

Po zapoznaniu się z treścią obu oświadczeń pana W (przedstawionego wraz z pismem Budimex Dromex S.A. oraz wraz z odwołaniem) Izba stwierdziła, iż w pierwszym z nich mowa jest, iż pan W (ani Sprint Sp. z o.o.) nie wyraził zgody na pełnienie funkcji kierownika robót branży telekomunikacyjnej i teletechnicznej na rzecz Odwołującego, co nie ma związku z niniejszą sprawą, gdyż pan W nie został w „wykazie osób” Odwołującego przewidziany do realizacji przedmiotowego zamówienia w tym charakterze. W drugim oświadczeniu pan W *de facto* również nie oświadcza, iż Odwołujący, czy też jego podwykonawca, w chwili złożenia oferty dysponował jego osobą. Odwołujący nie przedstawił, i, jak wynika ze złożonych podczas rozprawy wyjaśnień, nie posiada on innego niż przedłożone oświadczenie pisemnego potwierdzenia zgody tej osoby na przedstawienie w niniejszym postępowaniu jego kandydatury na stanowisko wskazane w „wykazie osób”. Zatem Odwołujący nie potwierdził faktu, iż dysponował wskazaną osobą w dniu złożenia oświadczenia o tej treści. Biorąc zaś pod uwagę wymóg art. 6 kodeksu cywilnego, w niniejszym postępowaniu odwoławczym udowodnienie tego faktu spoczywa na Odwołującym. Izba zgadza się z Odwołującym, iż nie ma on obowiązku potwierdzać takich ustaleń w formie pisemnej, jednak niezastosowanie tej formy może mieć dla niego negatywne dowodowe skutki.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....