

WYROK

z dnia 17 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 29 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANSPRZĘT w Zabłotcach, EKOLINE Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Nizinach** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych na terenie Gminy Miejskiej Przemyśl* (nr postępowania ZP.271.3.2016) prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Przemyśl** przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przemyska Gospodarka Komunalna sp. z o.o. z siedzibą w Przemyślu, Zakłady Usługowe Południe sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Trans-Formers Karpatia sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, B.D. Zakład Oczyszczania „BiM Dybkowie” w Żurawicach –** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANSPRZĘT w Zabłotcach, EKOLINE Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Nizinach i:**

1

Sygn. akt KIO 673/16

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANSPRZĘT w Zabłotcach, EKOLINE Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Nizinach –** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANSPRZĘT w Zabłotcach, EKOLINE Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Nizinach na rzecz zamawiającego – Gminy Miejskiej Przemyśl kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania poniesione odwoławczego z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Przemyślu**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Przemyśl – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również „ustawa pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Świadczenie *usług odbioru z oraz i zagospodarowania odpadów komunalnych nieruchomości zamieszkałych nieruchomości niezamieszkałych na terenie Gminy Miejskiej Przemyśl* (nr postępowania ZP.271.3.2016).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 stycznia 2016 r. pod nr 2016/S_019-029819, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz 29 stycznia 2016 r. na swojej stronie internetowej {www.przemysl.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również w skrócie: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 kwietnia 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: C.G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANSPRZĘT w Zabłotcach, EKOLINE Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Nizinach {dalej również: „Konsorcjum Transprzet”} zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przemyska Gospodarka Komunalna sp. z o.o. z siedzibą w Przemyśle, Zakłady Usługowe Południe sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Trans-Formers Karpatia sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, B.D. Zakład Oczyszczania „BiMD.” w Żurawicach {dalej również: „Konsorcjum PGK”}, a także o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

29 kwietnia 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej {pismem datowanym na 28 kwietnia 2016 r.} do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 – przez brak wskazania uzasadnienia faktycznego dla wykluczenia Odwołującego.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 3 – przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

3

Sygn. akt KIO 673/16

3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu jako konsekwencji powyższego, że Odwołujący nie spełnił warunku ustanowionego odnośnie wymaganego doświadczenia.
4. Art. 26 ust. 4 – przez jego niezastosowanie w zakresie informacji dotyczących legitymowania się przez Odwołującego wymaganym doświadczeniem.
5. Art. 26 ust. 3 – przez jego niezastosowanie w zakresie informacji dotyczących legitymowania się przez Odwołującego wymaganym doświadczeniem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum PGK.
2. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego.
3. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
4. Niezwłocznego powtórzenia badania i oceny ofert.
5. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący ponadto sprecyzował powyższą listę zarzutów przez zbiorcze wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania {które poniżej przyporządkowano do poszczególnych zarzutów}.

{ad 1}

Odwołujący zrelacjonował, że jako podstawę prawną swojej decyzji Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4. Natomiast jako

uzasadnienie wykluczenia Zamawiający podał, że złożone przez Konsorcjum Transprzet na potwierdzenie posiadanego doświadczenia dokumenty obejmują swoją treścią nieprawdziwe informacje, co w konsekwencji prowadzi do stwierdzenia, że nie został spełniony postawiony warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający miał również stwierdzić, że są to nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Następnie Odwołujący opisał, że w celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku skorzystał z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b pzp i przedłożył wykaz usług (zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ) zrealizowanych przez podmiot trzeci – „BYŚ” W.B. na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej im. gen. Józefa Sowińskiego w Warszawie oraz – dla potwierdzenia należytego wykonania tych usług – poświadczenie wystawione przez powyższą spółdzielnię.

Odwołujący dodał, że spełnienie powyższego warunku zostało dodatkowo potwierdzone przez wystawcę poświadczenia w piśmie z 24 marca 2016 r. (znak pisma TB/775/2016), skierowanym do Zamawiającego w toku prowadzonego przez niego postępowania wyjaśniającego.

Następnie Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o uchyleniu pierwotnego wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Transprzet, stwierdził

4

Sygn. akt KIO 673/16

nieprawdziwość powyższych informacji na podstawie kolejnego oświadczenia wspomnianej spółdzielni z 15 kwietnia 2016 r., adresowanego do uczestnika Konsorcjum PGM – Trans-Formers Karpatia sp. z o.o.

Według Odwołującego istotne jest, że Zamawiający nie przeniósł powyższego do uzasadnienia wykluczenia Konsorcjum Transprzet, w którym nie wskazał na jakich dokumentach lub dowodach oparł swoją decyzję. Odwołujący upatruje w tym wadliwości decyzji Zamawiającego. Odwołujący podniósł w tym kontekście, że Zamawiający obowiązany jest w sposób wyczerpujący wskazać wszystkie znane mu okoliczności faktyczne i prawne, które legły u podstaw dokonanych przez niego czynności. Odwołujący powołał się na to, że znajduje to swoje odzwierciedlenie m.in. w wyroku Izby z 6 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 340/14) {którego fragment uzasadnienia przytoczył}. Jeżeli zamawiający nie uzasadni należyte wykluczenia, niedopuszczalne będzie jego uzupełnienie o okoliczności nieznane wykonawcy w momencie sporządzania odwołania. Przy czym według Odwołującego ustawodawca nakazuje podać motywy wykluczenia w uzasadnieniu tej czynności, nie dając w tym zakresie dowolności wskazania ich przy okazji dokonania przez zamawiającego innych czynności, takich jak np. uchylenie wyboru oferty najkorzystniejszej.

{ad 4}

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że Zamawiający nawet przy posiadaniu całkowitej pewności co do rzetelności posiadanych informacji, nie powinien podejmować decyzji bez uprzedniego wzywania Konsorcjum Transprzet do wyjaśnień. Odwołujący zwrócił uwagę, że przed pierwotnym wyborem oferty Zamawiający dwukrotnie zwracał się do niego o wyjaśnienia, za każdym razem uzyskując wyjaśnienie swoich wątpliwości. Odwołujący powołał się na to, że orzecznictwo, zarówno krajowe, jak i unijne, jednoznacznie wskazuje, że wykonawca zawsze powinien mieć możliwość wypowiedzenia się co do wzbudzających wątpliwość elementów jego oferty. Jeżeli więc Zamawiający pozyskał informację z której wynika, że złożone uprzednio oświadczenia czy dokumenty Konsorcjum Transprzet budzą wątpliwości co do ich prawdziwości, winien swoje wątpliwości względem wykonawcy wyartykułować i pozwolić mu na zajęcie stanowiska w sprawie. Odwołujący w tym kontekście przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z 4 marca 1999 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-100/99) {opisując fragment treści uzasadnienia}.

{ad 2}

Odwołujący zarzucił, że nawet jeżeli Zamawiający w sposób prawidłowy zweryfikował przedłożone przez Konsorcjum Transprzet oświadczenia i dokumenty dotyczące wykonania usługi odbioru i zagospodarowania (lub przekazania do zagospodarowania) odpadów komunalnych o łącznej masie minimum 12.000 Mg w ciągu 8 kolejnych miesięcy i na podstawie rzetelnej i wnikliwej analizy doszedł do wniosku, że są one nieprawdziwe,

5

dodatkowo winien wykazać, że zamiarem Wykonawcy było wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Odwołujący stwierdził, że jak wynika m.in. z uzasadnienia wyroku Izby z 22 maja 2015 r. (sygn. akt 974/15): *W kontekście zamówień publicznych i podawania nieprawdziwych informacji przez wykonawców zasadnicze znaczenie będzie miało ustalenie zamiaru jakim kierował się dany wykonawca podając nieprawdziwe informacje w toku postępowania przetargowego. Ustalenie owego zamiaru musi nastąpić poprzez analizę okoliczności faktycznych poprzedzających oraz towarzyszących złożonemu nieprawdziwym informacji, jak również tych które nastąpiły już po złożeniu takich informacji, a mogących mieć skutki dla oceny zamiaru wykonawcy.*

Odwołujący powołał się również na wyroki: Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) {przytaczając fragment jego uzasadnienia}, Sądu Okręgowego w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r. (sygn. akt II Ca 1285/12) oraz Sądu Okręgowego w Toruniu z 6 grudnia 2012 r., z których wynika wytyczna, że zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy informacje przekazane przez wykonawcę zamawiającemu są nieprawdziwe, co jest wynikiem celowego i zawinionego działania tego wykonawcy, ze skutkiem uzyskania zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że jednym z reprezentatywnych w tym zakresie orzeczeń jest wyrok Izby z 14 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 998/13), w którym uznano, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ZamPublU ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, które zostało podjęte z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. *Złożenie nieprawdziwych informacji, skutkujące wykluczeniem z udziału w postępowaniu to czynność dokonana z winy umyślnej, a nie w wyniku błędu czy niedbalstwa. Zatem, jeżeli ze stanu faktycznego sprawy wynika, iż wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Takie rozumienie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ZamPublU jest ponadto zgodne z treścią Dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, która w art. 45 ust. 2 lit. g przewiduje możliwość wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji.*

Odwołujący zaznaczył, że przywoływane orzecznictwo Izby oraz sądów powszechnych jest zbieżne z literalnym brzmieniem zarówno art. 45 ust. 2 lit. g poprzednio obowiązującej Dyrektywy 2004/18/WE, według którego z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd

Sygn. akt KIO 673/16

w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy sekcji niniejszej dyrektywy, jak i art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65) jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59; lub... Według Odwołującego wynika z tego, że wykluczeniu z postępowania będzie podlegał jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu informacje wprowadzające instytucję zamawiającą w błąd, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając (poważny charakter).

Odwołujący dodał, że z literalnego brzmienia przepisów unijnych wynika przesłanka winy składającego nieprawdziwe informacje, której polski ustawodawca nie zawarł wprost w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, jednak musi zostać ona spełniona, aby ten przepis zastosować, na co zwróciła Izba m.in. w orzeczeniu z 14 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 859/14).

Odwołujący podsumował, że jak wskazuje orzecznictwo, celem regulacji zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia wyłącznie takich wykonawców, którzy świadomie świadcząc nieprawdę, wprowadzają zamawiającego w błąd co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania. Nie jest natomiast celem ustawodawcy eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo czy nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością, i których zamiarem nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego

Odwołujący podniósł, że w tym postępowaniu, nawet jeżeli przyjąć nieprawdziwość złożonych przez niego informacji, z całą pewnością nie można mu przypisać celowego, zamierzonego wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do doświadczenia posiadanego przez podmiot trzeci – „BYS” W.B. Odwołujący zwrócił uwagę, że uzyskał informacje tak naprawdę od dwóch podmiotów profesjonalnie uczestniczących w obrocie gospodarczym, w pierwszej kolejności od ww. podmiotu, z zasobów którego korzysta, oraz spółdzielni, która wskazała na wielkość odebranych odpadów na poziomie wymaganym przez Zamawiającego nie tylko w stosunku do Odwołującego, ale i w piśmie skierowanym do Zamawiającego. W tych okolicznościach według Odwołującego jeżeli informacje te są nieprawdziwe, ich złożenie przez nastąpiło na skutek jego błędu, względnie niezamierzonej omyłki. W innym miejscu Odwołujący zaznaczył, że działał w zaufaniu do profesjonalnego podmiotu – uczestnika obrotu gospodarczego, korzystając z zasobów podmiotu trzeciego, który przedstawił mu

7

Sygn. akt KIO 673/16

referencje podmiotu zewnętrznego – Spółdzielni Mieszkaniowej im. Gen. Sowińskiego w Warszawie. Odwołujący zwrócił uwagę, że Spółdzielnia nie miała żadnego interesu w uzyskaniu przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia. Odwołujący stwierdził, że pozostając w usprawiedliwionym przekonaniu o prawdziwości przekazanych informacji, złożył stosowne dokumenty w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wreszcie Odwołujący oświadczył, że jego celem, bez względu na ustalenia co do prawdziwości złożonych informacji, nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego.

{ad 3}

Odwołujący podniósł, że druga ze wskazanych przesłanek wykluczenia, a mianowicie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp (zgodnie z którym zamawiający z postępowania wyklucza tych wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu), stanowi konsekwencję uznania za nieprawdziwe informacji złożonych przez Odwołujących na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia. Jeżeli więc odpadłaby przesłanka wykluczenia z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, niespełniona zostaje również przesłanka braku spełnienia przez Odwołujących warunku posiadanego doświadczenia.

{ad 4 i 5}

Zdaniem Odwołującego jego oferta podlegała obowiązkowemu postępowaniu naprawczemu, uregulowanemu m.in. w art. 26 ust. 4 oraz art. 26 ust. 3 pzp, czego Zamawiający wbrew prawu zaniechał. W razie potwierdzenia przesłanki nieumyślnego złożenia informacji nieprawdziwych w zakresie doświadczenia, obliuguje to Zamawiającego do wszczęcia stosownego postępowania uzupełniającego.

11 maja 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko.

Zamawiający zrelacjonował przebieg badania spełniania przez Konsorcjum Transpręt określonego w rozdziale 2 pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, który wymagał wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) należycie przed upływem terminu składania ofert w sposób ciągły minimum jedną główną usługę, polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu (lub przekazaniu do zagospodarowania) odpadów komunalnych o łącznej masie minimum 12 000 Mg w ciągu 8 kolejnych miesięcy. Przy czym w rozdziale 2 pkt 1.6 SIWZ wskazano, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogli polegać na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów niezależnie

8

od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków.

Konsorcjum Transprzet na potwierdzenie spełniania powyższego warunku złożyło w ofercie uzupełniony przez siebie i złożony we własnym imieniu załącznik nr 5 do SIWZ tj. wykaz zrealizowanych usług, w którym oświadczyło, że „BYS” W.B., Warszawa na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej im. gen. Józefa Sowińskiego, Warszawa, realizował następująco opisane zamówienie: *Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych ilość odebranych odpadów: 12 327,8 Mg. Termin realizacji usługi od - do 1.03.2013 r.-31.10.2013 r. Wartość usługi brutto w złotych: 327.549,65 zł.* Dołączono także zobowiązanie „BYS” W.B. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, a także potwierdzone przez ten podmiot za zgodność z oryginałem poświadczenie przez Zarząd Spółdzielni Mieszkaniowej im. gen. Józefa Sowińskiego na potwierdzenie należytego wykonania powyższej usługi, w którym wskazano m.in. , że: *Średnio miesięczne z terenu naszej spółdzielni odbieranych było 1500 ton odpadów komunalnych, w tym ilość niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wynosiła 1 440 ton miesięcznie. (...) Ogólna wartość zamówienia od 01.01.2011 r. do 31-07-2014 r. wyniosła 1 714 024,00 zł (słownie: jeden milion siedemset czterdzieści tysięcy dwieście cztery złote (...))*

17 marca 2016 r. Zamawiający zwrócił się w trybie art. 26 ust. 4 pzp do Konsorcjum Transprzet o złożenie stosowanych wyjaśnień m.in. dotyczących zakresu rzeczowego, w tym ilości, odebranych odpadów wskazanych w wykazie zrealizowanych usług w odniesieniu do treści dołączonego poświadczenia. Zamawiający w treści wezwania stwierdził m. in., że *załączone do oferty poświadczenie nie potwierdza zakresu rzeczowego ilości wskazanych odebranych odpadów w ilości 12 327,8 Mg. Zapis w poświadczeniu określa cyt.: (...) „średnio miesięczne z terenu naszej spółdzielni odbieranych było 1500 ton odpadów komunalnych” (...), jak również tego, że w określonych 8 kolejnych miesiącach odbierana była ilość odpadów wskazanych w „Wykazie”. Ponadto należy zauważyć, że wymieniona powyżej ilość odpadów jest średnią z całego wskazanego przez Spółdzielnię okresu realizacji odpadów komunalnych – 01.02.2001 do 31.07.2014 (?) i nie oznacza, że w okresie od 1 marca 2013 do 31 października 2013 (?) odebrano faktycznie 12 327,8 Mg.*

W odpowiedzi Konsorcjum Transprzet stwierdziło m.in., że: *Jak wynika z załączonego poświadczenia Spółdzielni Mieszkaniowej im. Gen. Józefa Sowińskiego w Warszawie średnio miesięcznie było odbieranych 1 500 ton odpadów komunalnych w tym 1440 ton odpadów komunalnych zmieszanych, co daje przez okres 8 kolejnych miesięcy 12 000 ton.*

Zamawiający uznał te wyjaśnienia za niewystarczające i po raz kolejny 29 marca 2016 r. zwrócił się w trybie art. 26 ust. 4 pzp do Konsorcjum Transprzet o wyjaśnienia, stwierdzając w treści wezwania m.in., że: *W/w wezwaniu Zamawiający w sposób precyzyjny określił swoje wątpliwości w zakresie treści złożonego zobowiązania jak również wskazanej*

usługi wykonanej przez firmę „BYS” Wojciech Byśkiniewicz z Warszawy na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej im. Gen. Józefa Sowińskiego, ul. Redutowa 50 w Warszawie, jako zasób tego Podmiotu udostępniony na rzecz Wykonawcy/Konsorcjum. (...) W szczególności Zamawiający w dalszym ciągu nie otrzymał wyjaśnienia w zakresie dotyczącym: 1) Pkt 1 lit. b tj. treści „Poświadczenia” mającego potwierdzić zakres rzeczowo-ilościowy wskazanych odebranych odpadów w ilości 12 327,8 Mg w okresie 8 kolejnych miesięcy (nie ma żadnego znaczenia treść złożonego stanowiska Konsorcjum dotyczącego określenia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu).

31 marca 2016 r. Konsorcjum Transprzet złożyło kolejne wyjaśnienia, podkreślając m.in.: *Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia potwierdził wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu, firmy „BYS” W.B. z Warszawy. Przedstawiając na tę okoliczność poświadczenie wykonania przez tę firmę usług w zakresie żądanym przez Zamawiającego. (...) Nie może budzić wątpliwości, że podmiot trzeci posiada wiedzę i doświadczenie którym w drodze konsultacji i doradztwa może służyć Wykonawcy pomocą w realizacji zamówienia.*

Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień, a także kierując się jednolitym i utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, że badając złożoną w postępowaniu ofertę należy oceniać ją jako całość w kontekście wyboru oferty najkorzystniejszej, 4 kwietnia 2016 r. (5 kwietnia powiadomiono wykonawców) dokonał wyboru jako najkorzystniejszej

oferty złożonej przez Konsorcjum Transprzet. W dniu

15 kwietnia 2016 r. do Zamawiającego wpłynęło datowane na 12 kwietnia 2016 r. pismo Spółdzielni Mieszkaniowej im. gen. Józefa Sowińskiego (adresowane do Trans-Formers Karpatia sp. z o.o. (jeden z partnerów Konsorcjum PGK), w którym osoby uprawnione do reprezentacji spółdzielni stwierdzają m.in.: *Informację odnośnie wagowej ilości wywożonych śmieci przez Firmę Byś w latach 2013-2014 uzyskaliśmy od Usługodawcy. Po przeprowadzeniu analizy tych danych z dostępnymi danymi statystycznymi wynika, że ww. oświadczeniu prawdopodobnie zakradł się błąd i należałoby przyjąć, że ilość ta wyniosła około 150, a nie 1500 ton miesięcznie.*

Wobec powyższego oświadczenia Zamawiający pismem przesłanym 19 kwietnia 2016 r. cofnął pierwotnie podjęty wybór oferty najkorzystniejszej, wybrał ofertę najkorzystniejszą i dokonał na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 odrzucenia oferty Konsorcjum Transprzet, które zostało wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 pzp.

Przechodząc do uzasadnienia zastosowania względem Odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, Zamawiający wskazał, że wykluczenie na podstawie tego przepisu wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po

10

Sygn. akt KIO 673/16

drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej. Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Ponadto Zamawiający zauważył, że wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp musi być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz. U. UE. L. 2014 r., nr 94 poz. 65 z 29 marca 2014 r.), zgodnie z którym z udziału w postępowaniu należy wykluczyć każdego wykonawcę, winnego poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw do wykluczenia lub weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, lub zataił te informacje. Zamawiający przypomniał, że podobnie według art. 45 ust. 2 lit. g) uchylonej dyrektywy z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji. Zamawiający podkreślił, że spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia nie wyłączają się przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi nawet w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Zamawiający odwołał się do stanowiska Sądu Najwyższego {opisując lub przytaczając fragmenty uzasadnień wskazywanych orzeczeń} co do:

- niedbalstwa jako zachowania osoby w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności {za uzasadnieniem wyroku z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03};
- obiektywności i abstrakcyjności wzorca należytej staranności, ustalanego niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (za uzasadnieniem wyroku z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02);
- należytej staranności dłużnika, określanej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej (art. 355 § 2 kc), która obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej {za uzasadnieniem wyroku z 17 sierpnia 1993 r., sygn. akt IV CK 151/03};
- rażącego niedbalstwa jako graniczącego z umyślnością {za uzasadnieniem orzeczenia z 15 listopada 2000 r., sygn. akt II UKN 43/00}, nie ograniczającego się jednak wyłącznie do

11

lekkoomyślności, co zakłada połączenie z przewidywaniem skutku jako bliższe umyślności niż klasyczne niedbalstwo, gdyż według przyjmowanego również w doktrynie kryterium występującego również w sytuacjach przekroczenia podstawowych, elementarnych zasad staranności, postępowaniu poniżej minimalnego, elementarnego poziomu wiadomości lub umiejętności {za uzasadnieniem wyroku z 11 maja 2005 r., sygn. akt III CK 522/04}.

Zamawiający nadmienił, że rażące niedbalstwo zachodzi wówczas, gdy oczywistym jest, że wykonawca powinien przewidzieć konsekwencje umyślnego (zamierzonego) wprowadzenia w błąd zamawiającego, przy przedstawieniu informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przy ustalaniu, czy zachodzi rażące niedbalstwo, zamawiający musi oceniać możliwość przewidywania przez wykonawcę skutków jego działania, uwzględniając doświadczenie wykonawcy i racjonalność podjętych decyzji, ogólny poziom intelektualny. Innymi słowy chodzi o możliwość przewidywania skutków jakiej można oczekiwać i jakiej wymaga się od przeciętnego wykonawcy w sprawach niewymagających dodatkowej wiedzy fachowej lub specjalizacji.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje przez załączenie do oferty złożonego we własnym imieniu: po pierwsze – uzupełnionego przez siebie wykazu zrealizowanych usług, w którym wskazał spełnienie posiadania warunku wiedzy (wpisując termin realizacji, wartość oraz zakres ilościowy zamówienia), korzystając z zasobów podmiotu trzeciego, oraz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 pzp, w którym oświadczył m.in., że posiada wiedzę i doświadczenie niezbędną dla należytego wykonania przedmiotowego zamówienia (załącznik nr 3 do SIWZ).

Zdaniem Zamawiającego dokument, który 15 kwietnia 2016 r. znalazł się w jego posiadaniu, nie pozostawia żadnych wątpliwości interpretacyjnych co do nieprawdziwości informacji zawartych w powyższych dokumentach, a także w również załączonym do oferty poświadczeniem należytego wykonania usługi opisanej w wykazie.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący indywidualnie wybrał i wskazał w ofercie do współdziałania podmiot trzeci tj. firmę „BYŚ” W.B. z Warszawy, która udostępniła swe zasoby wiedzy i doświadczenia. Następnie Odwołujący, pomimo należycie uzasadnionych i konkretnie przedstawionych wątpliwości pisemnych Zamawiającego w dwukrotnych wezwaniach do złożenia wyjaśnień, dwukrotnie w złożonych pisemnych wyjaśnieniach potwierdzał spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia postawionego w treści SIWZ, bez skontrolowania udostępnianego doświadczenia pod kątem tego warunku.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego zobowiązany był do zachowania najwyższej staranności przy doborze

podmiotu trzeciego, tym bardziej, że zasoby udostępnione przez ten podmiot miały niebagatelny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania. Powaga niedołożenia należytej staranności przez Odwołującego wynika przede wszystkim z tego, że informacja dotycząca zakresu rzeczowego ilości wskazanych odebranych odpadów jest nieprawdziwa i gdyby nie została złożona Zamawiającemu, oferta Odwołującego nie zostałaby dopuszczona do oceny. Ponieważ Odwołujący złożył dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, zobowiązany był upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, Zamawiający powołał się na to, że według orzecznictwa Izby niemożliwe jest zastosowanie tego przepisu w razie stwierdzenia przez zamawiającego złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający zajął stanowisko, że wobec złożenia nieprawdziwych informacji w dokumentach załączonych do oferty, a następnie dwukrotnego złożenia w trybie art. 26 ust. 4 pzp wyjaśnień potwierdzających te nieprawdziwe informacje, ponowne wzywanie w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 pzp byłoby naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może bowiem faworyzować Odwołującego, który oświadczając nieprawdę wprowadził w błąd Zamawiającego, kosztem

innego wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu, który spełnia warunki postawione przez Zamawiającego w SMZ, bez uciekania się – jak uczynił to Odwołujący – do podania nieprawdziwych informacji, aby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

29 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Konsorcjum PGK przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2

13

Sygn. akt KIO 673/16

pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i piśmie z 16 maja 2016 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę, która początkowo została uznana za najkorzystniejszą. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie Odwołującego z postępowania uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Izba ustaliła, że Zamawiający w przekazanym Konsorcjum Transprzet zawiadomieniu z 18 kwietnia 2016 r.:

- szczegółowo opisał przebieg badania spełnienia przez nie wynikającego z s.i.w.z. warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W szczególności Zamawiający podał, że ustalił nieprawdziwość informacji złożonych przez Konsorcjum Transprzet w dokumentach złożonych wraz z ofertą na podstawie pisma Spółdzielni Mieszkaniowej im. gen. Józefa Sowińskiego w Warszawie;
- przywołał treść art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp oraz odniósł się do spełnienia przesłanek jego zastosowania w sposób zbieżny z zaprezentowanym następnie w odpowiedzi na odwołanie, w tym do konieczności wykładni tego przepisu przez pryzmat przepisów dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, wskazując również, że należyta staranność profesjonalisty nakładała na jako obrotu Wykonawcę, profesjonalnego uczestnika gospodarczego w toku swej działalności ubiegającego się o udzielenie zamówienia

14

publicznego nie po raz pierwszy, który składa dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W tych okolicznościach za oczywiste niezasadne należy uznać zarzut, że Zamawiający nie wskazał uzasadnienia faktycznego wykluczenia Konsorcjum Transprzet, gdyż uczynił to w sposób czyniący zadość art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp, czyli podając zarówno uzasadnienie prawne, jak i faktyczne podjętej decyzji.

Ponadto treść uzasadnienia odwołania wskazuje, że Odwołujący mógł i dowiedział się z otrzymanego zawiadomienia o powodach decyzji Zamawiającego, w tym na jakim dokumencie oparte zostało stwierdzenie faktu złożenia nieprawdziwych informacji. Zarzut odwołania opiera się li tylko na negowaniu przyjętego sposobu zredagowania zawiadomienia, w którym podając tę ostatnią informację w pierwszej części pisma, nie powtórzono jej w części drugiej. Odwołujący bezpodstawnie powołał się w tym kontekście na orzecznictwo Izby, które dotyczyło sytuacji braku wskazania motywów podjętej decyzji.

Na marginesie należy zauważyć, że pomimo wskazania również art. 7 ust. 1 i 3 pzp, odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności dotyczących naruszenia tych przepisów.

{ad pkt 2 i 3 listy zarzutów}

I. {przesłanki zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp}

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynika zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nie ustala jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w przypadku informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego również na gruncie wskazanego przepisu ustawy pzp adekwatny jest {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art.*

15

Sygn. akt KIO 673/16

6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie winnych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obejmuje takie nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w aktualnie obowiązującym brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje również nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty, takie nieprawdziwe informacje co najwyżej mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Reasumując, w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik.

Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły

lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Porównanie z pierwszą przesłanką art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp prowadzi do wniosku, że hipoteza przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą

16

Sygn. akt KIO 673/16

poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła dotychczas większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten 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. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, 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, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

W ocenie składu orzekającego Izby o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęża postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Izba wzięła pod uwagę stanowisko, jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na postawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia

17

kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego... {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Zdaniem składu orzekającego Izby co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się, że wina, o której mowa w obu tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna być interpretowana w taki sam sposób.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa,

Sygn. akt KIO 673/16

czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wygezekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Reasumując, Izba podtrzymała w pełni stanowisko uprzednio wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 11 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 177/15), które zostało również podzielone w uzasadnieniu wyroku z 13 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2809/15).

Dodać można, że powyższe rozważania odnośnie interpretacji przesłanki winy pozostają aktualne w kontekście art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy parlamentu europejskiego i rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65), który również operuje kategorią wykonawcy winnego poważnego wprowadzenia w błąd, jak sprecyzowano dalej, przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów potwierdzających.

II. {spełnienie przesłanek art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w odniesieniu do Konsorcjum Transprzet}

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na odwołanie adekwatnie zaprezentowano okoliczności dotyczące przebiegu weryfikacji przez Zamawiającego spełniania przez Konsorcjum Transprzet warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zamawiający przemilczał jedynie

19

Sygn. akt KIO 673/16

fakt, że początkowo na jego pytanie Spółdzielnia Mieszkaniowa im. gen. Józefa Sowińskiego, podtrzymała adekwatność wystawionego poświadczenia, która to okoliczność została wskazana w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania.

Zdaniem Izby nie może być wątpliwości, że złożone w ofercie przez Konsorcjum Transprzet dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego wiedzy

nieprawdziwą informację co do i doświadczenia zawierają wolumenu odebranych i zagospodarowanych odpadów z terenu Spółdzielni Mieszkaniowej im. gen. Józefa Sowińskiego w Warszawie. Według oświadczenia zawartego w wykazie miało to być 12.323,8 ton w okresie od 1 marca do 31 października 2013 r., a zgodnie z załączonym poświadczeniem w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 31 lipca 2014 r. średnio w miesiącu odbierano 1.500 ton odpadów komunalnych (w tym 1.440 niesegregowanych). Natomiast w rzeczywistości musiał to być wolumen o rząd wielkości mniejszy.

Taki stan rzeczy wynika nie tylko z ostatniego z oświadczeń powyższej spółdzielni, w której przyznała ona, że wystawiając pierwotne poświadczenie (a następnie je potwierdzając) bezkrytycznie polegała na informacjach podanych przez wykonawcę usługi. Dopiero po zapoznaniu się z większością z poniżej zaprezentowanych okoliczności dla spółdzielni, która pełniła rolę analogiczną jak Zamawiający w tym postępowaniu, stało się jasne, że do przekazanych informacji musiał wkraść się błąd.

Przystępujący dowiódł, że w przypadku spółdzielni zamieszkowanej w 2013 r. przez 4249 osób w 2439 lokalach mieszkalnych (dodatkowo dysponującej 16 lokalami użytkowymi, 24 miejscami postojowymi i 43 garażami) {str. 17-19 „Sprawozdania Zarządu z działalności w 2013 r.” – załącznik nr 1 do pisma Przystępującego} obiektywnie niemożliwe jest, aby na 1 mieszkańca przypadało miesięcznie 353 kg (czyli rocznie ponad 4 tony) wytwarzanych odpadów komunalnych. W 2013 r. statystycznie 1 mieszkaniec zamieszkały na terenie m. st. Warszawy wytwarzał bowiem miesięcznie 31 kg (rocznie 377 kg) takich odpadów, a dla Woli i Bemowa wskaźnik ten był nieznane wyższy i wynosił 35 kg odpadów miesięcznie (rocznie 420 kg) na osobę {„Analiza gospodarki odpadami dla m. st. Warszawy” – załącznik nr 2 do pisma Przystępującego}. Przy czym według danych statystycznych GUS za 2013 r. w Polsce na mieszkańca przypadało rocznie 246 kg odbieranych odpadów komunalnych {„Infrastruktura Komunalna w 2013 r.” – załącznik nr 3 do pisma Przystępującego}.

Przystępujący ponadto wykazał, że podana w wykazie wysokość wynagrodzenia 327.549,65 zł brutto oznaczałaby, że odbiór i zagospodarowanie 1 tony zostało wycenione zaledwie na 26,57 zł brutto, co jest stawką nieprawdopodobnie niską, która nie mogła pokryć kosztów zagospodarowania w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (tzw. „RIPOK”) {informacje na temat cen RIPOK w 2013 r. – załącznik nr 6 do pisma Przystępującego}. Tymczasem w przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów z m. st.

20

Warszawy w 2013 r. odbiór 1 tony odpadów innych niż zielone oscylował w przedziale od 372,60 zł do 549,72 zł, przy czym dla BYŚ W.B. był to przedział od 451,44 zł do 528,12 zł {informacja z jawnego otwarcia ofert w postępowaniu ZP/GP/271/IV-75/13 – załącznik nr 5 do pisma Przystępującego}. Natomiast w 2013 r. Spółdzielnia Mieszkaniowa im. gen. Józefa Sowińskiego w Warszawie zapłaciła BYŚ W.B. za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych 475.701,30 zł {str. 17-19 „Sprawozdania Zarządu z działalności w 2013 r.” – załącznik nr 1 do pisma Przystępującego}, co wyłącznie przy założeniu, że dotyczyło 10-krotnie mniejszej ilości odpadów niż podana w wykazie, dałoby stawkę 264,27 zł za tonę, czyli i tak niższą niż w powyższym przetargu.

Przystępujący trafnie podniósł, że Odwołujący w formularzu ofertowym wycenił usługę odbioru i zagospodarowania 13.835 Mg odpadów komunalnych, a więc o zbliżonym wolumenie jak podlegający wykazaniu w ramach warunku udziału, na łączną kwotę 5.215.417,20 zł brutto, co oznacza, że cena za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg została przez Odwołującego wyceniona na kwotę przekraczającą 300 zł brutto (np. odpady zmieszane na kwotę 308,88 zł brutto),

Przystępujący podał również porównawczo, że w 2013 r. od Spółdzielni Mieszkaniowej „Bródno”, która na koniec 2013 r. liczyła 10.109 mieszkańców, odebrani 4.125 ton odpadów, co w przeliczeniu daje na osobę 408 kg rocznie, a 34 kg miesięcznie. Z kolei koszt zagospodarowania tych odpadów wyniósł średnio 340,05 zł brutto za tonę {list referencyjny i faktura SM „Bródno” – załączniki nr 7 i 8 do pisma Przystępującego}. Cena za odbiór w SM im. gen. J. Sowińskiego byłaby zatem 13-razy niższa.

Wreszcie Przystępujący przedstawił przekonujące wyliczenia, z których wynika, że przy liczbie pojemników posiadanych przez Spółdzielnię Mieszkaniową im. gen. Józefa Sowińskiego nie jest możliwe odebranie ilości odpadów 10-krotnie większej niż normalnie {załącznik nr 9 do pisma Przystępującego}

Izba zważyła, że do zamknięcia rozprawy Odwołujący nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej na poparcie swojego stanowiska odnośnie zgodności z rzeczywistością wolumenu odebranych odpadów wskazanego w wykazie i dokumencie poświadczenia, porzeczając na zupełnie niewiarygodnych twierdzeniach.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że powyżej zidentyfikowane nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż dotyczyły jedynej usługi wskazanej przez Konsorcjum Transprzet na potwierdzenie spełniania obowiązującego w tym postępowaniu warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Po trzecie – Izba uznała, że Konsorcjum Transprzet co najmniej nie dołożyło należytej staranności profesjonalisty przy składaniu Zamawiającemu powyższych informacji, a wręcz

dopuszczało się rażącego niedbalstwa przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie podzielono stanowiska Odwołującego, że miał prawo działać w zaufaniu do informacji przekazanych przez podmiot trzeci, który udostępnił mu swoją wiedzę i doświadczenie, zwłaszcza w sytuacji, gdy znajdowały one potwierdzenie od odbiorcy usługi. Zdaniem Izby obiektywny i abstrakcyjny wzorzec należytej staranności wykonawcy polegającego na zasobach podmiotu trzeciego zakłada aktywność w poszukiwaniu podmiotu dysponującego wymaganą wiedzą i doświadczeniem, co musi wiązać się z co najmniej elementarnym zweryfikowaniem, czy stan deklarowany pokrywa się z rzeczywistym. Obowiązkiem każdego wykonawcy, który przecież we własnym imieniu i na swoją odpowiedzialność podaje informacje dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest sprawdzenie ich zgodności z rzeczywistością, zwłaszcza w sytuacji gdy nie dotyczą one działalności własnej wykonawcy.

Okoliczności wskazują, że gdyby Konsorcjum Transprzet przeprowadziło elementarną weryfikację danych dotyczących wykazanej usługi, doszłoby do powyżej opisanych wniosków co do rzeczywistego wolumenu odpadów.

Odwołujący nie tylko z racji ubiegania się o przedmiotowe zamówienie ale faktycznie jest profesjonalistą na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, na którym

aktywnie działa, co zostało wykazane przez Przystępującego {zawiadomienie i 8 ogłoszeń o udzieleniu zamówienia z lat 2013-2016 – załącznik nr 4 do pisma Przystępującego}, a czemu Odwołujący nie zaprzeczał. Doskonale musi się zatem orientować, ile mniej więcej odpadów komunalnych może przypadać na daną zbiorowość na podstawie jej liczebności. Odwołujący nie wykazał, że specyfika rynku lokalnego (Podkarpacie) dalece odbiega od średniej krajowej. Dodatkowo nie nastęrczało żadnych trudności zapoznanie się z danymi odnośnie Warszawy z 2013 r. Jednocześnie informacje na temat liczby mieszkańców zamieszkujących w tym okresie Spółdzielnię Mieszkaniową im. gen. J. Sowińskiego były powszechnie dostępne, co wynika z faktu ich zamieszczenia na stronie internetowej spółdzielni. Odwołujący miał zatem możliwość dokonania takiej weryfikacji w krótkim czasie, nawet bez dodatkowego kontaktowania się z podmiotem, od którego miał otrzymać błędne informacje.

Negatywnie należy jednak ocenić fakt, że nawet po dwukrotnych wezwaniach Zamawiającego dotyczących braku szczegółowej korelacji danych pomiędzy wykazem a poświadczeniem, Konsorcjum Transprzёт poprzestało na składaniu wyjaśnień polegających na powtarzaniu tych samych informacji, bez uzyskania stanowiska wykonawcy usługi. Zauważyć należy, że niejasne pozostało, skąd się wzięła łączna ilość odpadów wskazana w wykazie, która – w przeciwieństwie do wartości – nie daje się dokładnie wyliczyć z danych

22

Sygn. akt KIO 673/16

zawartych w poświadczeniu. Nic nie wynika w tym kontekście z treści zobowiązania datowanego na 8 marca 2016 r., gdyż nie odwołuje się ono w swojej treści do żadnej konkretnej usługi, która miałaby być podstawą nabytej wiedzy i doświadczenia ani do żadnych załączników.

Odwołujący również podczas postępowania odwoławczego nie przedstawił żadnego oświadczenia ze strony BYŚ W.B., twierdząc, że zwracał się o nie, ale nie uzyskał odpowiedzi. Wydaje się to niewiarygodne, biorąc pod uwagę, że według treści zobowiązania przedsiębiorca ten miał być podwykonawcą Konsorcjum Transprzёт w zakresie transportu odpadów. Niezależnie od rzeczywistych powodów tego milczenia, Odwołujący pozbawił się w ten sposób możliwości udowodnienia swoich twierdzeń zarówno odnośnie prawdziwości składanych informacji, jak i braku ponoszenia odpowiedzialności za nieprawdziwość informacji, które zostały mu przekazane. Odwołujący błędnie założył, że jego bierność dowodowa w toku postępowania odwoławczego przełoży się na uchylenie decyzji o wykluczeniu go z postępowania.

Ponieważ Odwołujący zakwestionował wykluczenie za niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu jako konsekwencję wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, skoro ta ostanía podstawa się ostała, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp należy uznać za również niezasadny.

{ad pkt 4 i 5 listy zarzutów}

Skoro Odwołujący nie jest w stanie w toku postępowania odwoławczego wykazać prawdziwości złożonych przez siebie informacji, nie może domagać się, aby Zamawiający wzywał go w tym zakresie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Jeżeli decyzja o wykluczeniu okazała się prawidłowa, nie ma znaczenia, czy została poprzedzona wezwaniem do wyjaśnień. Ponadto Zamawiający dwukrotnie wzywał już Konsorcjum Transprzёт w trybie tego przepisu odnośnie sposobu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, za każdym razem uzyskując enigmatyczną odpowiedź.

Odnośnie art. 26 ust. 3 pzp w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp skład orzekający lzby podziela stanowisko, uprzednio wyrażone wielokrotnie w orzecznictwie lzby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć,

23

że ustawa pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się zawsze wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji normy art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca (winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego), który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku. Interpretacja taka jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika we wnioskowanej wysokości, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: