Sygn. akt: KIO 967/14

WYROK
z dnia 30 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2014 r. przez wykonawcę: **przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J…….. S…….., Łagiewniki Nowe, ul. Okólna 64, 95-002 Smardzew,** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Górnośląska 2, 68-200** Żary

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność unieważnienia postępowania oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Górnośląska 2, 68-200** Żary i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – **przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU ……. S……., Łagiewniki Nowe, ul. Okólna 64, 95-002 Smardzew,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Górnośląska 2, 68-200** Żary na rzecz wykonawcy – **przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J…….. S……., Łagiewniki Nowe, ul. Okólna 64, 95-002 Smardzew** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Zielonej Górze.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 967/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Żarach – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp"; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa kruszarki do betonu w ramach zamówienia publicznego na „Dostawy sprzętu i wyposażenia do zakładu zagospodarowania odpadów w Marszowie w ramach Projektu „Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 stycznia 2014 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 019-029132. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 15 maja 2014 r. (data wpływu do Krajowej Izby Odwoławczej – 16 maj 2014 r.), Odwołujący – przedsiębiorca J…… S…….. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J……. S…….. – wniósł odwołanie zaskarżając czynności Zamawiającego polegające na:

1. nie wezwaniu Odwołującego, w określonym terminie do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;
2. nie uwzględnieniu uzupełnionych samodzielnie przez Odwołującego dokumentów w postaci listu referencyjnego z dnia 10 lutego 2014 r., pisma z dnia 17 kwietnia 2014 r., tłumaczenia pisma z dnia 17 kwietnia 2014 r., złożonych przez Odwołującego w dniu 22 kwietnia 2014 r.;
3. wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na nie spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu;
4. unieważnieniu postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z tym, że cena najkorzystniejsza ofert lub oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W związku z powyższymi działaniami i zaniechaniami Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez brak wezwania przez Zamawiającego Odwołującego, w określonym terminie do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;
2. nieuwzględnienie złożonych przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 22 kwietnia 2014 r. dokumentów w postaci listu referencyjnego z dnia 10 lutego 2014 r., pisma

---

z dnia 17 kwietnia 2014 r., tłumaczenia pisma z dnia 17 kwietnia 2014 r. złożonych przez Odwołującego w dniu 22 kwietnia 2014 r. pomimo, iż Zamawiający wbrew nałożonemu obowiązkowi nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia braków formalnych;

3. naruszenie art. 24 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo braku przesłanek i spełnienia przez Odwołującego wszelkich kryteriów wynikających z SIWZ;
4. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji braku przesłanek wskazanych w przepisie, bowiem kwota wskazana przez Odwołującego wynosiła 676 500 zł brutto, w związku z czym była niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć tj. 926 558,59 zł brutto; w konsekwencji naruszenie zasady wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie następujących czynności:
   a. wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania Dostawa kruszarki do betonu w ramach zamówienia publicznego na „Dostawy sprzętu i wyposażenia do zakładu zagospodarowania odpadów w Marszowie w ramach projektu „Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego";
   b. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania dostawa kruszarki do betonu w ramach zamówienia publicznego na „Dostawy sprzętu i wyposażenia do zakładu zagospodarowania odpadów w Marszowie w ramach projektu „Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego";
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegających na ponownym badaniu, przy uwzględnieniu dokumentów załączonych przez Odwołującego w ramach samodzielnego uzupełnienia, oferty i ocenie złożonej przez Odwołującego oferty.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, iż pismem z dnia 9 maja 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 92 Pzp, poinformował, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa kruszarki do betonu w ramach zamówienia publicznego na „Dostawy sprzętu i wyposażenia do zakładu zagospodarowania odpadów w Marszowie w ramach Projektu: „Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego" zostało unieważnione. Jako podstawę prawną unieważnienia wskazano art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający podniósł, że cena najkorzystniejszej oferty

lub oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

4

Jednocześnie w przytoczonym piśmie Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający poinformował, że w pkt 4.1.2 SIWZ określone zostały warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z którymi wykonawca powinien posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie. W celu potwierdzenia posiadania doświadczenia wykonawcy zobowiązani są wykazać się wykonaniem głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, polegających na dostarczeniu co najmniej dwóch (w ramach jednej lub dwóch umów) fabrycznie nowych kruszarek do betonu, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie. Zamawiający wskazał, że w wyniku odwołania wniesionego przez firmę Grausch i Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o., okazało się, że Odwołujący poświadczył w ofercie nieprawdę. Wskazał bowiem, iż dostarczył kruszarkę do firmy Zakład Drogowy W…….. L……., Psary Małe, ul. Krótka 1A, 62-300 Września, gdy tymczasem Zamawiający w wyniku wniesienia odwołania wystąpił do tego odbiorcy maszyny o wyjaśnienie i otrzymał informację, iż dostarczone urządzenie Komplet DS 1020 było bębnem przesiewającym na podwoziu kołowym.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono następnie, że wraz z pismem z dnia 22 kwietnia 2014 r. Odwołujący przedłożył dokumenty w postaci listu referencyjnego z dnia 10 lutego 2014 r. wskazującego na wykonanie przez Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J…….. S…….. dostawy kruszarki Komplet Lem Track 4825 o wartości netto 187 000 zł. Ponadto Odwołujący dołączył pismo z dnia 17 kwietnia 2014 r. pochodzące od producenta urządzań będących przedmiotem postępowania, w którym wskazano, iż zaoferowane przez Broker Serwis urządzenie spełnia wszystkie postawione w SIWZ wymagania, w szczególności wymagania techniczne dotyczące własności i wyposażenia kruszarki do betonu. Urządzenie zaoferowane przez Broker Serwis posiada wyposażenie opcjonalne w postaci silnika wysokoprężnego, zabudowy na ramie oraz urządzenia umożliwiającego transport za pomocą samochodu hakowego. Odwołujący podkreślił, że powyższe dokumenty zostały załączone celem uzupełnienia złożonej przez Odwołującego oferty, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołania wniesionego do Prezesa KIO przez Grausch i Grausch Maszyny Budowlane sp. z o.o., w sprawie o sygn. akt KIO 714/14, w którym Zamawiający zobowiązał się dokonać ponownej czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełniania braków w postaci załączonych samodzielnie wraz z pismem z dnia 22 kwietnia 2014 r. przez Odwołującego dokumentów, czym niewątpliwie naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

5

W sytuacji, gdy dostrzeżone zostaną jakiekolwiek braki w przedstawionej dokumentacji na Zamawiającym ciąży obowiązek do wezwania Wykonawcy do ich uzupełnienia. Niezależnie od tego zaniechania Zamawiający, pomimo uwzględnienia odwołania wniesionego przez firmę Grausch i Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o. i zobowiązania się do ponownej czynności badania i oceny ofert, w sposób rażący naruszył te procedury. Zamawiający nie uwzględnił bowiem żadnego z dostarczonych samodzielnie przez Odwołującego dokumentów, mimo iż fizycznie był w ich posiadaniu.

Konkludując, Odwołujący stanął na stanowisku, że Zamawiający z naruszeniem prawa wykluczył Odwołującego z postępowania.

W zakresie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 926 558,59 zł brutto. Kwota przedstawiona zaś przez Odwołującego podczas postępowania przetargowego wyniosła 676 500 zł brutto. W konsekwencji, Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie przetargowe o udzielenie zamówienia publicznego. Kwota oznaczona przez Odwołującego nie przewyższała bowiem kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Pismem z dnia 16 maja 2014 r. (data wpływu pisma do Krajowej Izby Odwoławczej – 19 maj 2014 r.), Odwołujący uzupełnił odwołanie wskazując w szczególności, że naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych przez Zamawiającego miało istotny wpływ na wynik postępowania w związku z czym Odwołującemu przysługują w tym zakresie przewidziane środki ochrony prawnej.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie. W toku posiedzenia i rozprawy pełnomocnik Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że warunek wymagany w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia nie stanowił przedmiotu pytań wykonawców ani przedmiotu odwołania, był więc wiążący zarówno dla Zamawiającego jak i Wykonawcy. Ponadto wskazano, że w związku z wcześniejszym odwołaniem Odwołujący miał możliwość bronienia oferty przed Izbą. Skoro nie przystąpił skutecznie do poprzedniego postępowania odwoławczego to pozbawił się tym samym możliwości obrony swojej oferty. Przytaczając treść odpowiedzi uzyskanej w toku postępowania od odbiorcy maszyny, wskazanego w wykazie głównych dostaw, podkreślone zostało, że Zamawiający miał klarowny sygnał, iż wykaz złożony przez Odwołującego nie odpowiada warunkom ze SIWZ. W zakresie nieprawdziwych informacji pełnomocnik Zamawiającego zwrócił równocześnie uwagę na niejednolitą wykładnię art. 24 ust. 2 punkt 3 Pzp w orzecznictwie KIO. Zastrzeżono, że Zamawiający podziela linię, zgodnie z którą celem tego przepisu jest ochrona dobra, jakim jest zaufanie zamawiającego do dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawcę. Nie jest zaś rolą zamawiającego badanie wiarygodności każdego dokumentu. Pełnomocnik Zamawiającego podniósł ponadto, że zaistnienie przesłanki z art.

---

24 ust. 2 punkt 3 Pzp wyklucza stosowanie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż każdą informację nieprawdziwą można by zastąpić informacją prawdziwą. Podkreślono także, że nowe referencje zostały przekazane przez Odwołującego, jednak Odwołujący nie uzupełnił na nowo wykazu dostaw.

Pełnomocnik Odwołującego podtrzymał zarzuty odwołania, wnosząc o jego uwzględnienie. Na rozprawie zakwestionowane zostało także stanowisko Zamawiającego, iż Odwołujący pozbawił się możliwości obrony swojej oferty. Pełnomocnik Odwołującego wskazał w tym zakresie, iż po uwzględnieniu poprzedniego odwołania zostały skasowane czynności Zamawiającego, a postępowanie wróciło do etapu badania i oceny ofert. Podkreślono jednocześnie, że właśnie z uwagi na niejednolitą wykładnie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie można zakładać automatyzmu w przypisywaniu wykonawcom działania w złej woli.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Żarach – prowadzi na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa kruszarki do betonu w ramach zamówienia publicznego na „Dostawy sprzętu i wyposażenia do zakładu zagospodarowania odpadów w Marszowie w ramach Projektu „Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego".

Zgodnie z Warunkami udziału w postępowaniu oraz opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (Rozdział 4 SIWZ) Zamawiający przewidział, że wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne musi spełnić m.in. warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku wykonawcy zobowiązani są do wykazania się wykonaniem głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lata przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, polegających na dostarczeniu co najmniej dwóch (w ramach jednej lub dwóch umów) fabrycznie nowych kruszarek do betonu, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ – IDW oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie (pkt 4.1.2 SIWZ).

Termin składania ofert został ustalony na dzień 6 marca 2014 r., godz. 10:00. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 926.558,59 zł (brutto). Do upływu terminu składania ofert złożono 4 oferty – Polskiego Górnictwa Skalnego Sp. z o.o. z ceną 602.700,00 zł (brutto); Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J…… S……. z ceną 676.500,00 zł (brutto); Grausch

i Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o. z ceną 957.924,00 zł (brutto) oraz Global-Tech B…… B…… z ceną 690.030,00 zł (brutto). Z postępowania zostali wykluczeniu wykonawcy Global-Tech B…….. B……. oraz Polskie Górnictwo Skalne Sp. z o.o., a ich oferty odrzucono (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

W załączniku nr 4 – Wzór wykazu wykonanych dostaw, Odwołujący oświadczył, że wykonał następujące dostawy:

1. Dostawa kruszarki szczękowej REV GCV60, sierpień – wrzesień 2012 r., z ceną sprzedaży w kwocie 580.000,00 zł netto, do odbiorcy: Zakładu Utylizacji Odpadów w Elblągu;
2. Dostawa urządzenia kruszącо-przesiewającego Komplet DS 1020, listopad – grudzień 2013 r., z ceną sprzedaży w kwocie 173.000,00 zł netto, do odbiorcy: Zakładu Drogowego W…….. L…… we Wrześni.

Do oferty załączona została także Karta Katalogowa kruszarki semi-mobilnej Komplet LEM 6040. Wykonawca złożył także list referencyjny z dnia 6 marca 2013 r., wystawiony przez Zakład Utylizacji Odpadów w Elblągu oraz rekomendacje z dnia 10 lutego 2014 r., wystawione przez Zakład Drogowy W……. L……. we Wrześni. Rekomendacje zostały wystawione za dostawę urządzenia kruszącо-przesiewającego Komplet DS 1020 oraz stwierdzały, że na podstawie dotychczasowej współpracy rekomenduje się usługi firmy Broker Serwis Maszyny Budowlane, gdyż współpraca z tym przedsiębiorcą przebiega w sposób należyty i satysfakcjonujący, a wyśmienite doradztwo w zakresie doboru odpowiedniego sprzętu, dostawy przebiegające szybko i sprawnie oraz profesjonalne wykonanie przeglądów i napraw serwisowych utwierdza, że jest to firma godna polecenia (oferta Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J……. S…….).

Pismem z dnia 19 marca 2014 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, uzupełnienia Załącznika nr 4, które będzie zawierało informacje, czy sprzęt był nowy lub używany oraz uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pana P…….. U……... Wezwaniem z dnia 27 marca 2014 r., Zamawiający zażądał ponadto uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pani A……. R…….. . Odwołujący uzupełnił przedmiotowe dokumenty, zgodnie z żądaniem Zamawiającego (wezwania z dnia 19 i 27 marca 2014 r., odpowiedź z dnia 19 i 27 marca 2014 r.).

Pismem z dnia 4 kwietnia 2014 r., Zamawiający wskazał, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J……. S…….. W uzasadnieniu wyboru podano, że oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego

zawarte w IDW. Oferta otrzymała najwyższą liczbę punktów spośród ważnie złożonych ofert, tj. 100 pkt. (Informacja o wyniku postępowania z dnia 4 kwietnia 2014 r.).

W dniu 11 kwietnia 2014 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Grausch i Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o., w którym Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia i niepodjęcie żadnych czynności zmierzających do ustalenia, czy przekazanie nieprawdziwej informacji przez wykonawcę o jego niezbędnej wiedzy i doświadczeniu ma wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego, które to zaniechanie zmierza do ograniczenia uczciwej konkurencji i do nierównego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie szczegółowej specyfikacji wymagań technicznych sprzętu będącego przedmiotem dostaw i niepodjęcie żadnych czynności zmierzających do ustalenia, czy przekazanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę o istotnych parametrach technicznych tego sprzętu mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania

prowadzonego przez zamawiającego, które to zaniechanie zmierza do ograniczenia uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców,
3. art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego dochodzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą pomimo jej niezgodności z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W oparciu o postawione zarzuty Odwołujący wniósł o:
1. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy, niesłusznie uznanej za najkorzystniejszą z uwagi na jej niezgodność z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ,
2. nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sprawie o nr zamówienia JK.ZZO.271.2.2014, w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Przedmiotowa sprawa została zarejestrowana i prowadzono pod sygn. akt KIO 714/14. Odwołujący w tej sprawie wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy J…….. S……. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Broker

Serwis Maszyny Budowlane PHU J……. S……., niesłusznie uznanej za najkorzystniejszą z uwagi na jej niezgodność z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się
o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Zgodnie z zarzutami odwołującego, wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie spełnił warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, bowiem wykazał sprzedaż dwóch urządzeń, z których jedno o nazwie Komplet DS1020 nie jest kruszarnią, a przesiewaczem jednopokładowym – urządzeniem spełniającym zupełnie inną funkcję. Ponadto podniesiono, że wybrana kruszarnia marki KOMPLET LEM 6040 nie odpowiada parametrom określonym przez Zamawiającego, gdyż jest wyposażona w silnik elektryczny i nie ma możliwości bezpośredniego załadunku samochodem hakowym. Jest kruszarnią niemobilną.

Przystąpienie do sprawy o sygn. akt KIO 741/14, po stronie Zamawiającego, zgłosił wykonawca J……. S……. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J…….. S…….. . Przedmiotowe przystąpienie zostało jednak zgłoszone po terminie.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2014 r., Zamawiający zwrócił się do Zakładu Drogowego W……. L……, ul. Krótka 1a, 52-300 Września, wskazując, iż w związku z wniesieniem odwołania prosi o informację, czy dostarczone w 2013 r. przez Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J…… S…… – urządzenie Komplet DS 1020, jest urządzeniem kruszące przesiewającym. W odpowiedzi z dnia 15 kwietnia 2014 r., Zamawiający został poinformowany, że urządzenie Komplet DS 1020 jest to bęben przesiewający na podwoziu kołowym.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2014 r., Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, wskazując jednocześnie, że zgodnie z żądaniem Odwołującego (Grausch i Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o.) dokona ponownej czynności badania i oceny ofert.

W związku z powyższym w dniu 17 kwietnia 2014 r., Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 714/14, stosownie do art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismami z dnia 22 kwietnia 2014 r. (Uzupełnienie oferty), Odwołujący przedłożył Zamawiającemu dokument w postaci listu referencyjnego z dnia 10 lutego 2014 r., wskazujący na wykonanie przez Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J…… S…… dostawy kruszarki Komplet Lem Track 4825 o wartości netto 187 000 zł. Ponadto załączono pismo z dnia 17 kwietnia 2014 r., wraz z tłumaczeniem, pochodzące od producenta urządzeń będących przedmiotem postępowania, w którym wskazuje się, iż zaoferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia wszystkie postawione w SIWZ wymagania,

w szczególności wymagania techniczne dotyczące właściwości i wyposażenia kruszarki do betonu, wyposażone jest opcjonalnie w urządzenia, o których mowa w odwołaniu spółki Grausch i Grasuch Maszyny Budowlane. W przedłożonym liście referencyjnym, wystawca – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe s.c. A…… i D…….. G……, ul. Szczecińska 9, 77-300 Człuchów, zaświadczył, że firma Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J…….. S……., w dniu 30 listopada 2011 r. sprzedała kruszarkę Komplet Lem Track o wartości netto 187.000,00 zł. Dostawca wykazał się elastycznością i szybką reakcją przy realizacji dostawy i wywiązał się z niej bez zarzutu, wykonując ją w sposób dobrze zorganizowany, z dotrzymaniem ustalonych terminów. Jednocześnie, Odwołujący wskazał, że powyższe dokumenty zostają złożone w uzupełnieniu oferty, w związku z uwzględnieniem odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt KIO 714/14, w którym Zamawiający zobowiązał się dokonać ponownej czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 9 maja 2014 r., Zamawiający poinformował, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa kruszarki do betonu w ramach zamówienia publicznego na „Dostawy sprzętu i wyposażenia do zakładu zagospodarowania odpadów w Marszowie w ramach Projektu: „Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego" zostało unieważnione. Jako podstawę prawną unieważnienia wskazano art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający podniósł, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Jednocześnie w przytoczonym piśmie Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wskazał, że w wyniku odwołania wniesionego przez firmę Grausch i Grausch Maszyny Budowlane Sp. z o.o., okazało się, że Odwołujący poświadczył w ofercie nieprawdę. Wskazał bowiem, iż dostarczył kruszarkę do firmy Zakład Drogowy W…….. L……, Psary Małe, ul. Krótka 1A, 62-300 Września, gdy tymczasem Zamawiający w wyniku wniesienia odwołania wystąpił do tego odbiorcy maszyny o wyjaśnienie i otrzymał informację, iż dostarczone urządzenie Komplet DS 1020 było bębnem przesiewającym na podwoziu kołowym.

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wyszczególnionych powyżej dokumentów. Jako znane z urzędu uwzględniono także fakty wynikające ze sprawy prowadzonej pod sygn. akt KIO 714/14. Izba dopuściła ponadto dowody zawnioskowane przez Odwołującego. Za przydatny uznano dowód w postaci przedłożonych faktur VAT oraz zdjęcia linii do kruszenia betonu. Dowody te dotyczyły okoliczności mogących mieć

znaczenie przy ocenie, czy podanie kwestionowanych informacji stanowiło wyraz omyłki, było działaniem nieświadomym, czy też zamierzonym i celowym. Dowody w postaci wydruku przykładowej oferty firmy Grausch i Grausch oraz folderu Odwołującego, zostały dopuszczone jednak nie odnosiły się do istoty sporu na obecnym etapie sprawy, nie można przy tym wykluczyć ich znaczenia w dalszym toku postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba uwzględniła dyrektywę wynikającą z art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którą Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz zasadę z art. 190 ust. 1 Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania, zgodnie z zasadą kontradyktoryjności władającą postępowaniem odwoławczym, są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. W sprawie nie zostały ustalone, ani udowodnione przez Zamawiającego istotne okoliczności warunkujące wykluczenie wykonawcy. Zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, było nieuprawnione, a przynajmniej przedwczesne.

Potwierdził się tym samym zarzut dotyczący bezpodstawności działań Zamawiającego, a w konsekwencji zasadny okazał się postulat nakazania unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazania Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty oraz postulat dotyczący braku podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności uzasadnienia wymaga jednak ocena podjęta w zakresie braku podstaw do odrzucenia odwołania. Izba nie znalazła podstaw do uznania, by w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania, w tym przesłanki, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Na posiedzeniu w niniejszej sprawie pełnomocnik Zamawiającego nie wnosił o odrzucenie odwołania, a o jego oddalenie. Kwestie związane z zaistnieniem przesłanek do odrzucenia odwołania brane są przez Izbę pod uwagę z urzędu, niemniej jednak powyższe stanowiło wyraz, że także w ocenie Zamawiającego nie zaistniały ku temu podstawy.

12

Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 714/14, ocenie podlegało w szczególności to, czy odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W tej materii należało zająć stanowisko negatywne. We wspomnianym odwołaniu postawiono żądanie – cytując – nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy, niesłusznie uznanej za najkorzystniejszą z uwagi na jej niezgodność z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ oraz nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Przyjęcie literalnego brzmienia postawionego żądania („odrzucenie oferty"; „z uwagi na jej niezgodność z wymaganiami określonymi w SIWZ") nakazywałoby uznanie, iż odnosiło się ono do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Pomimo, że w petitum odwołania nie postawiono tego zarzutu to jednak w uzasadnieniu zawarte zostały argumenty nakierowane na wykazanie, że zaoferowane przez wykonawcę urządzenie nie odpowiada parametrom określonym przez Zamawiającego. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykonał jednak czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Nie można też przyjąć ostatecznie – pomimo sposobu zredagowania żądania – by jego przedmiotem było dokonanie przez Zamawiającego tego rodzaju czynności oraz by Zamawiający tak je rozumiał lub by był w ogóle uprawniony do zobowiązania się do ich podjęcia na ówczesnym etapie postępowania. Warto w tym miejscu przywołać tezy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2480/13, podzielane przez skład orzekający niniejszej sprawy, iż *„1. Zamawiający, podejmując w postępowaniu o udzielenie zamówienia określone czynności polegające na dokonaniu, powtórzeniu, czy unieważnieniu określonych czynności – tak w wyniku uwzględniania przez siebie zarzutów odwołania, jak i w normalnym toku postępowania o udzielenie zamówienia – powinien przede wszystkim mieć na uwadze zgodność swoich działań z materialnymi regulacjami Pzp (…). 2. Jeśli nawet zamawiający formalnie uwzględni odwołanie, art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp nie zobowiązuje go do podjęcia określonych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia oczekiwanych przez odwołującego się wykonawcę, jeśli czynności te prowadziłyby do naruszenia materialnych przepisów Pzp, odnoszących się do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia".* W okolicznościach niniejszej sprawy ewentualne odrzucenie oferty wymagałoby wcześniejszego zastosowania trybu z art. 26 ust. 3 Pzp lub z art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający w toku postępowania wzywał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, jednak wezwania te dotyczyły pełnomocnictw, polisy oraz wskazania, czy przedmiotem dostaw, z wykazu dostaw, były urządzenia fabrycznie nowe. Wezwania te nie dotyczyły kwestionowanych parametrów zaoferowanego urządzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się natomiast konsekwentnie, że odrzucenie oferty na

13

---

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bez uprzedniego wyczerpania procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, należy uznać za przedwczesne (por. przykładowo: wyroki KIO z dnia 9 kwietnia 2013 r.,

sygn. akt KIO 671/13 oraz z dnia 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2392/12 i KIO 2410/12).

W odwołaniu rozpoznawanym w sprawie o sygn. akt KIO 714/14, podniesiono okoliczność podania nieprawdziwych informacji, co do parametrów zaoferowanego urządzenia oraz spełnienia przez wybranego wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymogami Zamawiającego. Jak wskazano w uzasadnieniu odwołania, wybrany wykonawca nie spełnił tego warunku bowiem – cytując – wykazał sprzedaż dwóch urządzeń, z których jedno o nazwie Komplet DS 1020 nie jest kruszarnią, a przesiewaczem jednopokładowym – urządzeniem spełniającym zupełnie inną funkcję. W petitum odwołania (pomijając wskazanie w pkt 1 zarzutów art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, co mogło stanowić omyłkę pisarską, gdyż przepis ten dotyczy warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a nie posiadania wiedzy i doświadczenia) postawione zostały zarzuty dotyczące zaniechania podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających do ustalenia czy przekazanie nieprawdziwych informacji o niezbędnej wiedzy i doświadczeniu oraz o istotnych parametrach technicznych oferowanego sprzętu miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, które to zaniechanie zmierzało do ograniczenia uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców. Mając na uwadze sposób przedstawienia przedmiotowych zarzutów oraz ich uzasadnienia nie można uznać, by mogły one zmierzać do żądania wykluczenia wykonawcy na ówczesnym etapie postępowania. Odwołujący podnosił wszak brak podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających dopiero do ustalenia określonych okoliczności, z którymi następnie można by wiązać stosowne decyzje. W istocie treść przedmiotowego odwołania nakierowana było na wykazanie, że w sprawie mogło dojść do podania nieprawdziwych informacji, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a zbadanie tych okoliczności zostało przez Zamawiającego zaniechane, a tym samym konieczne było unieważnienie dotychczasowego wyboru i dokonanie ponownego badania i oceny ofert. W ten też sposób odwołanie zostało rozumiane przez Zamawiającego, czym dał wyraz swoimi dalszymi działaniami – zarówno procesowymi, jak i w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dopiero wskutek odwołania podjął bowiem czynności zmierzające do ustalenia, czy w sprawie uzasadnione jest w ogóle twierdzenie o podaniu nieprawdziwych informacji, występując do Zakładu Drogowego W…… L…….. we Wrześni o przekazanie informacji odnośnie dostarczonego urządzenia Komplet DS 1020, a uwzględniając odwołanie wskazał, iż – cytując – „zgodnie z żądaniem dokona ponownego badania i oceny ofert" (a nie wykluczenia wykonawcy, czy odrzucenia jego oferty). W swoim stanowisku Zamawiający dał więc wyraz temu, że zarzucane zaniechanie (nie podjęcie żadnych czynności zmierzających do

ustalenia) uznaje za zasadne i ustali okoliczności, na które zwrócił uwagę odwołujący, a następnie podda je analizie w ramach ponownego badania i oceny ofert. Należy uznać, że stanowisko to wypełniało treść żądania odwołującego, gdyż w innym przypadku podmiot ten korzystałby z inicjatywy procesowej w ramach toczącego się postępowania odwoławczego, bądź z prawa zaskarżenia wydanego rozstrzygnięcia. Na tle powyższej oceny, w niniejszej sprawie, w pełni uprawnione pozostawały w konsekwencji argumenty pełnomocnika Odwołującego, iż wskutek odwołania zostały skasowane dotychczasowe czynności Zamawiającego, a wobec nowo podjętych, wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej.

Konkludując powyższe, odwołanie podlegało merytorycznemu rozpatrzeniu i, jak wskazano już powyżej, zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego potwierdził się główny zarzut odnoszący się do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, że podanie w treści odwołania przepisu art. 24 ust. 1 Pzp stanowiło oczywistą omyłkę pisarską i wniósł o rozpatrzenie zarzutu, nie według podanej jednostki redakcyjnej, ale zgodnie z jego istotą oraz treścią. Ta zaś dotyczyła okoliczności wykluczenia wykonawcy wobec uznania, iż podał on nieprawdziwe informacje. W tym zakresie decyzja Zamawiającego pomija całkowicie wypracowane w orzecznictwie sądów powszechnych, wywołanym m.in. skargą wniesioną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, stanowisko, co do wymaganego do ustalenia zakresu przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z aktualną linią orzeczniczą, związaną z prounijną wykładnią w/w przepisu, wykluczenie wykonawcy powinno znajdować oparcie w obiektywnych czynnikach pozwalających uznać, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem celowym skierowanym na uzyskanie zamówienia.

Wykluczenie wykonawcy wymaga ustalenia i udowodnienia, że podanie nieprawdziwych informacji nakierowane było na świadome wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Skład orzekający w niniejszej sprawie akceptuje powyższą wykładnię. Należy w tym miejscu przytoczyć brzmienie omawianego przepisu. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, *„z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania".* Ustawodawca posłużył się zwrotem „złożyli" wyrażającym działanie, a nie jedynie okoliczność zaistnienia nieprawdziwych informacji. Jeżeli rozstrzygającym miałoby być samo stwierdzenie nieprawdziwych informacji, wystarczająca i bardziej właściwa byłaby redakcja przepisu traktująca o tym, że oferta lub załączone do niej dokumenty i oświadczenia „zawierają nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania" lub przykładowo, że wykonawcy „złożyli informacje, które okazały się nieprawdziwe, co miało lub mogło mieć wpływ na wynika postępowania". Użycie natomiast zwrotu „złożyli nieprawdziwe informacje" świadczy, w ocenie składu orzekającego, o działaniu

intencjonalnym, a nie tylko o fakcie złożenia określonych informacji. Na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych ustawodawca wielokrotnie posługuje się zwrotem „złożyli", w tym wobec czynności złożenia ofert bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, iż złożenie, przykładowo, oferty jest przejawem określonej woli, w tym przypadku nakierowanym na chęć uzyskania zamówienia. Trudno akceptować więc pogląd, by bez wyraźnego rozróżnienia, dopuszczalnym było odmienne rozumienie tożsamych zwrotów – w jednym miejscu, jako działanie będące wyrazem określonego zamiaru, w innym zaś jedynie jako fakt zaistnienia pewnych zdarzeń. Warto odwołać się w tym miejscu także do brzmienia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, który nakazuje wykluczenie wykonawców, którzy złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należąc do tej samej grupy kapitałowej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż ratio legis tego przepisu było zapobieżenie zmowom wykonawców, czy też ustanowienie jednoznacznej regulacji sankcjonującej niedopuszczalne zachowania dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie (przykładowo: wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2694/13; por. też: uzasadnienie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi; Dz. U. 2012.1271). Złożenie odrębnych ofert lub wniosków przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej ustawodawca postrzega w kategorii działania mogącego świadczyć o możliwości naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż ciężar udowodnienia dopuszczalności takiego zachowania został przeniesiony na wykonawców, którzy muszą wykazać, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji (art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp *in fine).* Skoro na tle tego przepisu, posługującego się podobnie, jak przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zwrotem „złożyli", wskazuje się na cel, jakim jest zapobieżenie zmowom przetargowym (cenowym) – będących przede wszystkim wynikiem określonego działania, ponadto nacechowanego niewątpliwie elementami podmiotowymi, to trudno przyjąć za przekonujący pogląd, iż w przypadku podania nieprawdziwych informacji (normy wynikającej z tego samego artykułu ustawy) sytuacja jest odmienna i decydujące znaczenie ma jedynie fakt zaistnienia nieprawdziwych informacji w ofercie danego wykonawcy, zaś kwestia działań, czy winy wykonawcy pozostaje irrelewantna dla sprawy.

Należy następnie podkreślić, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma charakter sankcyjny. Jego celem jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy w sposób nieuczciwy dążą do nieuprawnionego uzyskania zamówienia publicznego. Odpowiedzialność o charakterze obiektywnym, a więc niezależnym od zamiaru, stopnia zawinienia, etc., pozostaje charakterystyczna dla stosunków regulowanych normami prawa administracyjnego. Prawo zamówień publicznych jest natomiast częścią prawa cywilnego, do

którego na mocy odesłania z art. 14 Pzp stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Uznanie więc, że sankcjonowany powinien być sam fakt zaistnienia nieprawdziwych informacji, bez oceny elementów podmiotowych, świadczyłoby o wprowadzeniu, bez wyraźnego przepisu ustawy,

instytucji prawnych obcych dla sfery stosunków podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców, mających przecież charakter cywilnoprawny.

Należy także powołać się na argumenty wynikające z prounijnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 listopada 2012 r., wniesionej od wyroku KIO z dnia 29 października 2012 r., sygn. akt KIO 2262/12, podniesiono, że podstawową funkcją regulacji wymienionej w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie podając nieprawdę wprowadzają w błąd zamawiającego, co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania. Celem przedmiotowej regulacji nie jest natomiast eliminacja z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo, nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością i których zamiarem nie było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie można interpretować w oderwaniu od art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, tzw. dyrektywy klasycznej. Interpretując przepisy krajowe wydane w celu transpozycji postanowień dyrektywy UE należy bowiem kierować się tzw. prowspólnotową (obecnie prounijną) wykładnią prawa, ta zaś na gruncie omawianej problematyki nakazuje przyjąć, że celem w/w przepisu dyrektywy klasycznej jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy umyślnie wprowadzają zamawiającego w błąd. Uznając zasadność skargi, Sąd Okręgowy w Szczecinie w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12, wskazał m.in., że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Zbliżony kierunek wykładni został zaprezentowany także w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie, sygn. akt IV Ca 683/12, wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12), jak również orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. przykładowo wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2694/13; wyrok KIO z dnia 7 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2484/13; wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r., sygn. akt KIO 2403/13; wyrok KIO z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1682/13).

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy należy podkreślić, że Zamawiający pominął badanie, czy działanie Odwołującego było zawinione oraz czy było ono celowe, w tym czy cechował je zamiar wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia. Poza zakresem rozważań

Zamawiającego pozostało to, czy podanie kwestionowanych informacji mogło nastąpić omyłkowo, bądź nieświadomie. Zamawiający poprzestał jedynie na uzyskaniu informacji od podmiotu trzeciego, iż urządzenie Komplet DS 1020 było bębnem przesiewającym na podwoziu kołowym. W toku rozprawy Odwołujący przedłożył dowody potwierdzające zrealizowanie na rzecz Zakładu Drogowego W…….. L…….. we Wrześni dostawy kruszarki szczękowej oraz bębna przesiewającego (faktury VAT oraz zdjęcie linii do kruszenia betonu). Inaczej należy z pewnością oceniać sytuację, gdy dana dostawa została faktycznie wykonana przez wykonawcę (a ewentualne uchybienia w zakresie jej wykonania mogą przesuwać ocenę bardziej w kierunku omyłki, a nie świadomego wprowadzenia w błąd), a inaczej sytuację, gdy w ogóle dana dostawa nie miała miejsca. Należy w tym miejscu zasygnalizować, że w przedłożonej fakturze VAT nr 122/M/2010, dotyczącej kruszarki szczękowej (fabrycznie nowej) RIMAC MOBY 600, data sprzedaży została wskazana na dzień 1 października 2010 r. Zgodnie z pkt 4.1.2. SIWZ Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Okoliczność, kiedy została wykonana dostawa oraz czy ostatecznie mieści się w ramach czasowych zakreślonych przez Zamawiającego będzie wymagała ewentualnie dalszych wyjaśnień. Powyższe kwestie bądź inne informacje mogły zostać wyjaśnione lub otrzymane przez Zamawiającego w toku dotychczasowego postępowania, w sytuacji, gdyby umożliwił Odwołującemu wypowiedzenie się odnośnie ustaleń dokonanych na podstawie odpowiedzi otrzymanej od Zakładu Drogowego W……. L…… . Zamawiający nie mając pewności, co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, był niewątpliwie uprawniony do zebrania informacji od podmiotów trzecich (§ 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane; Dz. U. 2013.231). W ocenie składu

orzekającego, w niniejszej sprawie Zamawiający powinien jednak umożliwić wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w zakresie poczynionych ustaleń. Działanie to pozwoliłoby dokonać całościowej oceny okoliczności istotnych dla postępowania, nie stanowiłoby przy tym przekroczenia, wynikającego z art. 7 Pzp, obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję (por. uzasadnienie wyroku w sprawie KIO z dnia 29 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1718/13). Przypisanie wykonawcy zarzutu podania nieprawdziwych informacji jest czynnością skutkującą istotnymi następstwami prawnymi. Ustawodawca przewidział dla zamawiającego instrumenty prawne służące wyjaśnieniu informacji, które budzą wątpliwości, co do ich zgodności z rzeczywistością. W tym celu zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp (w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz art. 87 ust. 1 Pzp - w zakresie oferty) wzywa wykonawcę w stosunku, do którego zaistniało podejrzenie, iż złożył

nieprawdziwe informacje, do złożenia wyjaśnień. Należy zauważyć, iż przepis art. 26 ust. 4 Pzp stanowi, iż zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Posłużenie się zwrotem „wzywa" wskazuje na oblig wezwania w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości związane ze złożonymi przez wykonawców dokumentami lub oświadczeniami. W niniejszej sprawie Zamawiający tego rodzaju wątpliwości powziął, podjął następnie działania mające na celu sprawdzenie sygnalizowanych nieprawidłowości, jednak pozbawił Odwołującego prawa do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Następnie, należy wskazać, że dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp niezbędne jest także udowodnienie, że w realiach danej sprawy złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nawet gdyby uznać, że fakt złożenia nieprawdziwych informacji został przesądzony wynikiem postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 714/14 (do czego brak jest jednak, zdaniem składu orzekającego w niniejszej sprawie, wystarczających podstaw) a zaniechanie Zamawiającego dotyczyło jedynie nie podjęcia żadnych czynności zmierzających do ustalenia, czy przekazanie nieprawdziwej informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, to w okolicznościach rozstrzyganej sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia powyższej przesłanki, warunkującej zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Poza oceną Zamawiającego pozostały dokumenty złożone samodzielnie przez wykonawcę przy piśmie z dnia 22 kwietnia 2014 r. W Informacji o wyniku postępowania Zamawiający nie zajął stanowiska w tym zakresie, ani nie dał wyrazu, by dokumenty te były w ogóle brane pod uwagę przy ostatecznej ocenie, stwierdzając jedynie w sposób bardzo ogólny, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania – nie uzasadniając jednak tej oceny w żaden sposób. Jak wskazano w tezie czwartej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2013 r., sygn. akt KIO 2403/13, przepisy Pzp nie zabraniają wykonawcy wezwanemu wykazania się doświadczeniem wcześniej nieprzedstawianym w terminie składania ofert. Z kolei w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 31 maja 2012 r., sygn. akt KIO 1001/12, podkreślono, że dołączany do oferty wykaz i referencje nie stanowią treści oferty, bowiem odnoszą się do warunków podmiotowych wykonawcy i mają za zadanie w tym przypadku określenie wymaganego doświadczenia w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Referencja załączona przy piśmie z dnia 22 kwietnia 2014 r., datowana jest na dzień przed upływem terminu składania ofert. Wskazuje ona, że firma Broker Serwis Maszyny Budowlane PHU J….. S……..., w dniu 30 listopada 2011 r. sprzedała kruszarkę Komplet Lem Track o wartości netto 187.000,00 zł, a dostawca wykazał się elastycznością i szybką reakcją przy realizacji dostawy i wywiązał się z niej bez zarzutu, wykonując ją w sposób dobrze zorganizowany, z dotrzymaniem ustalonych terminów. Podnoszone na rozprawie argumenty dotyczące braku złożenia nowego wykazu dostaw nie mogły zostać

uznane za przesądzające, zwłaszcza w kontekście zaniechań Zamawiającego oraz przekonania składu orzekającego, że uzależnianie skuteczności przedstawienia zamawiającemu określonych oświadczeń jedynie od zachowania wymogów formalnych, stanowiłoby wyraz nadmiernego i nieuzasadnionego formalizmu. W sytuacji podania w/w dostawy oraz związanych z nią referencji wraz ze złożeniem oferty nie można by uznać, że podanie nieprawdziwych informacji dotyczących dostawy urządzenia Komplet DS 1020

(z zastrzeżeniem znamion, jakimi musi cechować się działanie wykonawcy, by mogło zostać uznane za „złożenie nieprawdziwych informacji") miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W toku rozprawy pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że warunek wiedzy i doświadczenia dotyczył 2 dostaw, wykonawca mógł podać w wykazie więcej dostaw i gdyby Odwołujący – podnoszący możliwość przedłożenia nawet 8 referencji – uczynił to, to nie zaistniałyby problemy przy ocenie spełnienia stawianych w tym zakresie warunków. Poza oceną Zamawiającego pozostało jednak to, czy złożenie kolejnej referencji przed podjęciem decyzji, co do zakończenia postępowania, nie spowodowało sytuacji analogicznej do tej, w której wykonawca już przy ofercie złożył wykaz ponad wymagane minimum.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie udowodnił spełnienia wszystkich przesłanek, warunkujących zastosowanie przedmiotowego przepisu, w tym w zakresie niezbędnych do wykazania znamion działania wykonawcy, wynikających z przywołanego orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Stosownie zaś do art. 6 K.c. w zw. z art. 14 Pzp, a na etapie postępowania odwoławczego – stosownie do art. 190 ust. 1 Pzp, to na nim ciążył obowiązek udowodnienia tych faktów. Zamawiający poprzestał jedynie na zasięgnięciu informacji w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zaniechał jednak skorzystania z instrumentu prawnego w postaci postępowania wyjaśniającego (art. 26 ust. 4 Pzp), regulowanego przepisami rangi ustawowej, czym pozbawił Odwołującego możliwości ustosunkowania się i złożenia wyjaśnień w istotnym dla sprawy zakresie. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a tym samym spełniony został warunek do uwzględnienia odwołania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

W dalszym toku postępowania Zamawiający zobowiązany będzie w szczególności do przeprowadzenia zaniechanych działań, a następnie do podjęcia, na podstawie wszechstronnej analizy okoliczności tej sprawy, oceny czy działanie Odwołującego było działaniem świadomym nakierowanym na wprowadzenie w błąd w celu uzyskania zamówienia, czy też działaniem nieświadomym bądź omyłkowym. Zamawiający podda także analizie, czy podanie kwestionowanej dostawy i referencji, w kontekście samodzielnego

złożenia przez Odwołującego kolejnej referencji, miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W kontekście powyższych wywodów, za przedwczesne należało w konsekwencji uznać umorzenie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Należy w tym miejscu wskazać dodatkowo, na co zwrócił uwagę także pełnomocnik Odwołującego, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 714/14, nie dotyczyło tylko spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, ale także kwestionowało zgodność parametrów zaoferowanego urządzenia z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego. Przedmiotem niniejszego odwołania było jednak wykluczenie wykonawcy z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Informacja o wyniku postępowania z dnia 9 maja 2014 r., skupiła się na podaniu nieprawdziwych informacji jedynie w tym zakresie. Kwestie dotyczące podania nieprawdziwych informacji w zakresie parametrów technicznych sprzętu pozostawały w konsekwencji poza przedmiotem rozważań Izby. Jeżeli jednak w dalszym toku postępowania dojdzie do ich badania przez Zamawiającego, skład orzekający w niniejszej sprawie wyraża pogląd, iż zarówno treść odwołania ze sprawy o sygn. akt KIO 714/14, jak również uwzględnienie tego odwołania przez Zamawiającego nie powinno oznaczać przesądzenia, że w zakresie parametrów technicznych doszło w ogóle do podania nieprawdziwych informacji. Na ówczesnym etapie postępowania nie mogło dojść jeszcze do podjęcia bezwzględnego przekonania, że zaoferowane urządzenie nie może być dostosowane do wymogów stawianych przez Zamawiającego, w tym by nie mogło być ono urządzeniem semi-moblinym zabudowanym na ramie pod urządzenie hakowe przystosowane do transportu za pomocą samochodu hakowego, wyposażonym w silnik spalinowy, wysokoprężny. w toku rozprawy możliwość Odwołujący sygnalizował zaoferowania identycznych rozwiązań przez konkurencyjnego wykonawcę, co w kontekście oferowania rozwiązań tożsamych z rozwiązaniami Odwołującego, mogłoby już stanowić sygnał, co do rzetelności i zasadności podnoszenia zarzutu podania nieprawdziwych

informacji. Zamawiający dysponujący dokumentacją postępowania ma możliwość zweryfikowania tych kwestii. Odwołujący przedstawiał także dowody mające potwierdzać mobilność maszyn oraz wymagane wyposażenie. Wreszcie Odwołujący powołał się na pismo z dnia 17 kwietnia 2014 r., pochodzące od producenta urządzeń będących przedmiotem postępowania, w którym wskazuje się, iż zaoferowane przez Broker Serwis urządzenie spełnia wszystkie wymagania postawione w treści SIWZ. Okoliczności te, w przypadku ewentualnego pozytywnego zweryfikowania warunków podmiotowych, powinny stanowić przedmiot dalszej oceny Zamawiającego. Należy wskazać, że zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jedynie prowadzenie między

zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Mając wszystko powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……