Sygn. akt: KIO 2567/14

WYROK
z dnia 22 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2014 r. przez S. G. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą „PAS PROJEKT ARCHI STUDIO", w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Tramwajom Warszawskim Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, przeprowadzenie następujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia na opracowanie dokumentacji budowy zajezdni tramwajowej Annopol w Warszawie oraz pełnienie nadzoru autorskiego:
(1) unieważnienie czynności wykluczenia S. G. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą „PAS PROJEKT ARCHI STUDIO" z postępowania,
(2) powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy;

2. Kosztami postępowania obciąża Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr zero groszy) uiszczoną przez S. G. (słownie: piętnaście tysięcy złotych,
prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą „PAS PROJEKT ARCHI STUDIO" tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2. zasądza od Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz S. G. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą „PAS PROJEKT ARCHI STUDIO", 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 Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2567/14

UZASADNIENIE

Zamawiający, Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji budowy zajezdni tramwajowej Annopol w Warszawie oraz pełnienie nadzoru autorskiego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 3 września 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 168-299793.

W dniu 25 listopada 2014 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 5 grudnia 2014 r. S. G. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą „PAS PROJEKT ARCHI STUDIO" wniósł odwołanie względem czynności Zamawiającego polegających na:

1. wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą,
2. wyborze jako najkorzystniej oferty złożonej przez PROGREG Sp. z o.o., a zatem z pominięciem oferty Odwołującego;
3. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Według odwołującego, powyższe miało stanowić naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust.1 poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w szczególności poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, uznaniu jego oferty za odrzuconą i arbitralne uznanie, że Odwołujący celowo podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i tym samym niezachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, podczas gdy podanie nieprawdziwych

---

informacji wynikało z niezawinionego błędu, omyłki pracownika sporządzającego ofertę, zaś Odwołujący uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert;
2. art. 26 ust. 3 i art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 poprzez przyjęcie, że dokumenty zawierające nieprawdziwe informacje nie podlegają uzupełnieniu oraz poprzez uznanie za bezskuteczną czynność Odwołującego polegającą na samodzielnym uzupełnieniu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit. d rozdziału 1 SIWZ oraz w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 3 lit. d rozdziału 1 SIWZ i nieuwzględnieniu złożonych dokumentów w trakcie oceny ofert;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 poprzez wybór oferty złożonej przez PROGREG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w kryteriach oceny ofert, która wobec bezprawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, nie może być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty PROGREG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert;
3. unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
4. dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
5. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[…]
Pismem nr TW/DNZ/261-155/4756/2014 z dnia 25 listopada 2014r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o wyborze najkorzystniej oferty złożonej przez PROGREG Sp. z o.o. W tym samym piśmie Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu

---

Odwołującego z postępowania, wskazując jako podstawę prawna swojej decyzji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tj. złożenie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, iż Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit. d rozdziału 1 SIWZ wykazał się realizacją zamówienia „Projekt i budowa II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński w Warszawie", zaś zamówienie to

obejmowało stację trakcyjną tramwajową wraz z urządzeniami. Ponadto, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowania, o którym mowa w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 3 lit. d rozdziału 1 Odwołujący wykazał w pozycji 4 na stanowisko Projektanta branży drogowej Pana J. Ż. i oświadczył, że Pan Ż. posiada doświadczenie polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej inwestycji „Projekt i budowa II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński w Warszawie" w zakresie budowy i przebudowy torowiska tramwajowego o długości 1424 mtp+1025 mtp+357 mtp+533mtp.
Tymczasem wg wiedzy Zamawiającego, który był jednostką uzgadniającą projekt budowy II linii metra w zakresie infrastruktury tramwajowej, stacja trakcyjna tramwajowa nie wchodziła w zakres dokumentacji na budowę II linii metra, zaś Pan J. Ż. nie opracował dokumentacji projektowej. Zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2014r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie w/w informacji. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył nowy wykaz usług, w którym wskazał inna usługę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit d rozdziału 1 SIWZ oraz nowy wykaz osób na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 3 lit. d rozdziału 1 SIWZ, w którym wskazał inne doświadczenia również Pana J. Ż. .
Mimo powyższego, Zamawiający nie uznał skuteczności uzupełnienia dokumentów i nie uwzględnił złożonych przez Odwołującego dokumentów. Zamawiający uznał, że Odwołujący świadomie wskazał nieprawdziwe informacje w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia i w związku z powyższym wykluczył Odwołującego z postępowania.
Odwołujący nie zgadza się z powyższym rozstrzygnięciem i wskazuje, że nastąpiło ono z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 7 ustawy Pzp. Dla prawidłowego stosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp konieczna jest jego prounijna wykładnia, zgodnie z którą tylko wykazanie przez zamawiającego umyślności w złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji daje podstawę do wyeliminowania go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 14 maja 2014 r., sygn. akt KIO 859/14).
Tymczasem, w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał, aby działanie Odwołującego było działaniem umyślnym. Jedyna podstawa przyjęcia przez Zamawiającego, iż podanie nieprawdziwych informacji było działaniem umyślnym było przedłożenie przez Odwołującego nowych dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z całą pewnością nie jest to jednak wystarczająca przesłanka do przyjęcia umyślności. Odwołujący podkreśla, że podanie nieprawdziwych informacji wynikało jedynie z błędu pracownika Odwołującego sporządzającego ofertę tj. Pani M. G. . Pani G. przygotowując ofertę nie sprawdziła, czy dokumentacja obejmująca „Projekt i budowa II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński w Warszawie” obejmowała również stację trakcyjną. Co więcej, nie zweryfikowała ona również, czy Pan J. Ż. wykonał dokumentację w zakresie budowy i przebudowy torowiska tramwajowego. Niemniej jednak, niezwłocznie po otrzymaniu wezwania do złożenia wyjaśnień, dostrzegając popełnioną przez siebie omyłkę, Pani G. przedłożyła nowy wykaz usług i osób, chcąc w ten sposób wykazać, że Odwołujący mimo wszystko posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Co więcej, Odwołujący nie korzysta często z potencjału podmiotów trzecich. Stąd też brak doświadczenia pracownika Odwołującego w tym zakresie, który z zobowiązania Pana M. C. (podmiotu udostępniającego wiedzę) wyinterpretował, że udostępnione przez niego usługi obejmują również stację trakcyjną, zaś Pan Ż. opracował dokumentację dot. budowy metra. Jak wynika z zobowiązania do udostępnienia potencjału z dnia 10 października 2014r. Pan C. udostępnił Odwołującemu zasoby polegające m.in. na wykorzystaniu:
1) wiedzy i doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowych budowy lub przebudowy (modernizacji) torowiska tramwajowego z siecią trakcyjną o długości co najmniej 500 metrów toru, budowy lub przebudowy co najmniej jednej stacji trakcyjnej tramwajowej, kolejowej lub metra z urządzeniami.

2) projektanta J. Ż., posiadającego doświadczenie w projektowaniu lub przebudowie torowiska tramwajowego z siecią trakcyjną o długości co najmniej 500 metrów toru tramwajowego.
Jednocześnie Pan C., przedstawił Odwołującemu referencje od ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. na rzecz, którego to podmiotu wykonana została dokumentacja pn. Projekt i budowa il linii Metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński w Warszawie. Oba dokumenty tzn. zobowiązanie do udostępnienia zasobów, jak i referencje dawały podstawy do przypuszczenia, że referencje od ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. obejmowały również stację trakcyjną, a Pan Ż. opracował w/w dokumentację. Skoro bowiem podmiot udostępniający zasoby nie przekazał Odwołującemu innych referencji, poza referencjami od ILF, to na podstawie posiadanego zobowiązania pracownik Odwołującego Pani G. ko miała podstawy by przypuszczać, że referencje te w pełnym zakresie obejmują zakres usług określony w zobowiązaniu.
Dowód: zeznania świadka M. G.,
wyjaśnienia Odwołującego z dnia 17 listopada 2014r. wraz z załącznikami,
zobowiązanie Pana M. C. do udostępnienia potencjału z dnia 10 października 2014r. - w dokumentacji postępowania nr DNZ/155/2014
Trudno również przyjąć, iż działanie pracownika było działaniem celowym, albowiem Odwołujący posiadał wiedze, iż dokumentacja dotycząca Projektu i budowy II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński w Warszawie była przedmiotem uzgodnień z Zamawiającym. Stąd też celowe wykazywanie usługi (oraz doświadczenia J. Ż.), której przedmiot znał Zamawiający byłoby nieracjonalne. W takiej sytuacji świadome wskazywanie nieprawdziwych informacji oznaczałoby dla Odwołującego negatywne konsekwencje.
Dowód: zeznania świadka M. G., M. C.
Podkreślić przy tym należy, że informacja o tym, jż Zamawiający był jednostka, która brała udział w uzgodnieniu dokumentacji dot. budowy II linii metra była informacją powszechnie dostępna, co do której wiedzę posiadali przede wszystkim projektanci z branży zajmującej się budową torowisk, metra i urządzeń z tym związanych. Zgodnie z rozdziałem 5.1 ogólnych warunków umowy, stanowiących załącznik do SIWZ w postępowaniu na budowę II linii metra, Wykonawca dokumentacji zobowiązany był do jej wykonania i przedłożenia Zamawiającemu (Metro Warszawskie Sp. z o.o.)

---

wraz z uzyskaniem niezbędnych opinii i uzgodnień. Z kolei zgodnie z pkt 8.1. w odbiorze mieli uczestniczyć również użytkownicy (gestorzy) i właściciele sieci infrastruktury technicznej. Jedynym zarządca infrastruktury (torowisko tramwajowe i sieć trakcyjna tramwajowa) jest właśnie Zamawiający tj. Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., stąd też Odwołujący wiedział, że Zamawiający uzgadniał i wydawał warunki na przebudową elementów będących w bezpośredniej strefie robót związanych z II linia metra, między innymi na etapie uzyskiwania pozwolenia na budowę. Budowa metra wymagała uzyskaniu kilku pozwoleń na budowę, niemniej jednak już przykładowo z pozwolenia na budowę - decyzji nr 163/2011 (dostępnej na stronie internetowej http://www.metro.waw.pi) wynika, iż Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. brały udział w uzgodnieniu dokumentacji, na którą powołał się Odwołujący. Przykładowo w pkt 1 lit. j w/w decyzji wskazano, że w trakcie robót należy uwzględnić wymagania spółki Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. Z powyższego jednoznacznie wynika, że informacja o tym iż Zamawiający brał udział w uzgadnianiu dokumentacji dot. budowy li linii metra była informacją powszechną, co do której Odwołujący miał pełna wiedze.
Dowód: Ogólne warunki umowy dot. budowy II linii metra (http://www.metro.waw.pl/projekt-i-budowa-ii-linii-metra-od-stacji-rondo daszynskiego-do-stacji-dworzec-wilenski.html);
decyzja nr 163/2011 z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie udzielenia pozwolenia na budowę
Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, iż podanie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji miało wpływ na wynik postępowania. Odwołujący bowiem w momencie pozyskania wezwania do wyjaśnień, niezwłocznie przedłożył nowy wykaz usług i osób, które potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Sam Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty przyznał, że gdyby uwzględnił uzupełnione dokumenty, wówczas oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą (str. 4 zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 listopada 2014r.). Oznacza to, że Odwołujący wygrałby przetarg nawet bez uwzględnienia dokumentów zawierających informacje nieprawdziwe. Tym samym nie można przyjąć, że podanie tychże informacji miało wpływ na wynik postępowania.
Dodatkowo wskazać należy, iż Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt. 3 ustawy PZP, musi bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe

---

informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego lub na zamiaru ewentualnego, bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione (za wyrokiem KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r. KIO 637/11 LexPolonica nr 2525670) co w przedstawionym stanie faktycznym nie zostało przez Zamawiającego wykazane.
Nie bez znaczenia również, w zakresie omyłkowo wskazanego w wykazie osób, doświadczenia projektanta Pana J. Ż. jest fakt, iż Odwołujący uzupełniając poprawiony wykaz wskazał ponownie Pana J. Ż. wykazując dla spełniania warunku wykonanie przez niego innej dokumentacji projektowej, która to usługa świadczona była bezpośrednio na rzecz samego Zamawiającego.
Podsumowując, przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie tylko w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu do uzyskania zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia z dnia 11 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1073/14, KiO 1088/14). Tymczasem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z którego wykluczony został Odwołujący, Zamawiający nie wykazał celowego działania Odwołującego, lecz na podstawie własnej wiedzy, iż podane informacje są nieprawdziwe arbitralnie uznał, że Odwołujący świadomie podał nieprawdziwe informacje.
W niniejszym postępowaniu Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust.1 w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp, po pierwsze przyjmując, iż informacje nieprawdziwe nie podlegają uzupełnieniu, a po drugie uznając, że nieskuteczne jest samodzielnie tj. bez wezwania Zamawiającego .uzupełnienie dokumentów przez Wykonawcę (Odwołującego).
W odniesieniu do braku możliwości uzupełnienia dokumentów zawierających informacje nieprawdziwe należy podkreślić, że wypracowana w orzecznictwie zasada niewzywania do uzupełnienia dokumentów obejmujących swą treścią informacje nieprawdziwe ogranicza się do przypadków złożenia takich informacji umyślnie, nie zaś do posłużenia się nimi bez względu na przyczynę. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania byłoby w efekcie szkodliwe dla konkurencji na rynku zamówień publicznych, powodując konieczność odrzucania ze względów stricte formalnych

---

ofert niejednokrotnie tańszych. Zauważyć należy, że art. 26 ust. 3 p.z.p. referuje do pojęcia błędu, które to obejmuje również przypadki, w których określona informacja (twierdzenie) nie znajduje oparcia w rzeczywistości. Nie można przy tym sprowadzać omawianej problematyki do stwierdzenia, że każda nieprawdziwa informacja nie podlega uzupełnieniu w trybie ww. przepisu, bowiem pojęcia błędu i nieprawdziwej informacji mogą być w pewnej mierze utożsamiane (wyrok KIO z dnia z dnia 14 maja 2014 r., sygn. akt KIO 859/14).
Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający od razu założył, że nie jest możliwe uzupełnienie dokumentów i nawet nie zwrócił się do Odwołującego z pytaniem z czego wynika podanie nieprawdziwych informacji. Przeciwnie Zamawiający, naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania do wyjaśnień, czy Wykonawców, wezwał Odwołującego przedstawiona
dokumentacja na pewno obejmuje budowę stacji trakcyjnej, a Pan J. Ż. opracował przedmiotową dokumentację. Już nawet w tym zakresie widać sprzeczność w

działaniu Zamawiającego. Z jednej strony prosi on bowiem Odwołującego o odpowiedzi na w/w pytania, z drugiej zaś wskazuje w zawiadomieniu o wyborze oferty, że odpowiedzi na te pytania są mu doskonale znane, albowiem był podmiotem uzgadniającym dokumentację dot. budowy metra. Wezwanie do złożenia wyjaśnień było zatem nieprecyzyjne, zaś Zamawiający winien w wezwaniu wskazać, że chce ustalić przyczyny podania nieprawdziwych informacji. Tymczasem Zamawiający w ogóle nie był zainteresowany przyczynami podania nieprawdziwych informacji. Wystosował wezwanie, z góry zakładając, ze wykluczy Odwołującego z postępowania.
Tym samym doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust.1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zważyć również należy, że sam Zamawiający nie był zdecydowany czy wzywa do złożenia wyjaśnień, czy do uzupełnienia dokumentów. W punkcie wezwania odnoszącym się do projektanta i referencji dla stacji trakcyjnej, Zamawiający na zakończenie wywodu dot. nieprawidłowości poprosił bowiem o przedłożenie dowodów potwierdzających stanowisko Odwołującego czyli de facto niejako wezwał do uzupełnienia.
W wezwaniu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów widać więcej rozbieżności. Poza usługą dot. budowy II linii metra oraz doświadczeniem projektanta, Zamawiający miał wątpliwości także w odniesieniu do projektu obiektu

---

na Kabatach - pkt 1 wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wezwał Odwołującego do jednoznacznego potwierdzenia powierzchni projektu zaznaczając, że gdyby powierzchnia była mniejsza niż wymagana Odwołujący ma przedstawić nową usługę. Powyższe oznacza, że w zakresie projektu na Kabatach, Zamawiający również miał wątpliwości czy zawiera on informacje prawdziwe, a jednak dopuścił możliwość wykazania nowej usługi.
Natomiast w przypadku wezwania do wyjaśnień dla projektanta i wykazu usług w zakresie stacji trakcyjnej Zamawiający stwierdził w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, że przedstawienie nowego wykazu nie jest możliwe. Co więcej, skoro Zamawiający posiadał wiedzę, że są to informacje nieprawdziwe i wg jego stanowiska informacje takie nie podlegają uzupełnieniu, wówczas w ogóle nie powinien wzywać Odwołującego do wyjaśnień. Zamawiający, od początku zakładał bowiem, że wyjaśnienia te nie będą miały dla niego żadnego znaczenia.
Reasumując, skoro Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w zakresie projektanta i stacji trakcyjnej (wiedząc że zawierają one informacje nieprawdziwe) to tym samym uznał, że Odwołujący może w dowolny sposób poprawić swój błąd. W przeciwnym razie wezwanie byłoby jedynie wezwaniem pozornym.
Niezgodne z ustawą Pzp jest także zakwestionowanie przez Zamawiającego możliwości samodzielnego uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego. Ustawa nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 w/w ustawy przez wykonawcę. W takim przypadku zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny tak złożonego dokumentu (wyrok KIO z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1505/13).. Wykonawca jednak samodzielnie, bez wezwania, składając dokument musi przyjąć na siebie ryzyko, że przedłożony dokument nie będzie dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku (wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1169/11).
W związku z omyłkowym wskazaniem usługi oraz doświadczenia Pana Ż., które zawierały informacje niezgodne z rzeczywistością, Odwołujący na własne ryzyko postanowił uzupełnić w/w dokumenty. Dokumenty te w pełni potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, albowiem jak wskazał sam Zamawiający, w

---

przypadku ich uwzględnienia oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą (str. 4 zawiadomienia o wyborze najkorzystniej oferty). Stąd też, brak jest przeszkód prawnych, aby uwzględnić uzupełnione dokumenty i tym samym dokonać wyboru oferty jako najkorzystniejszej.
[…]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się w tym przypadku uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W ramach warunków udziału w postępowaniu sformułowanych w SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca:

- Rozdz. I ust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit. d SIWZ – posiadał wiedzę i doświadczenie polegające na wykonaniu, co najmniej jednej dokumentacji projektowej (rozumianą jako dokumentację na podstawie której wydano decyzję umożliwiającą wykonanie robót budowlanych, tj. pozwolenie na budowę, decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej lub analogiczny dokument dla robót wykonywanych poza RP) – budowy lub przebudowy (modernizacji), co najmniej jednej stacji trakcyjnej tramwajowej, kolejowej lub metra wraz z urządzeniami.
- Rozdz. I ust. 5 pkt 5.1. ppkt 3 lit. d SIWZ – dysponował osobą posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności

---

drogowej, która posiada doświadczenie polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy lub przebudowy (modernizacji) torowiska tramwajowego o długości co najmniej 500 metrów toru pojedynczego (mtp).

W Załączniku nr 2 do oferty – Wykaz wykonanych usług, poz. 4, Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit. d rozdziału I SIWZ, wykazał się realizacją zamówienia „Projekt i budowa II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński w Warszawie", i oświadczył, że zamówienie to obejmowało stację trakcyjną tramwajową wraz z urządzeniami.

W Załączniku nr 3 do oferty – Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, poz. 4, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowania, o którym mowa w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 3 lit. d rozdziału I SIWZ, Odwołujący wykazał p. J. Ż. oraz oświadczył, że posiada on doświadczenie polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej inwestycji „Projekt i budowa II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński w Warszawie" w zakresie budowy i przebudowy torowiska tramwajowego o długości 1424 mtp+1025 mtp+357 mtp+533mtp.

Ponadto do oferty Odwołującego załączono „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia" wystawione przez firmę „Siblej" M. C., Odwołującemu, które obejmowało zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, polegających na wykorzystaniu:

1) wiedzy i doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowych budowy lub przebudowy (modernizacji) torowiska tramwajowego z siecią trakcyjną o długości co najmniej 500metrów toru, budowy lub przebudowy (modernizacja) co najmniej jednej stacji trakcyjnej tramwajowej, kolejowej lub metra wraz z urządzeniami

2) Projektanta J. Ż., posiadającego doświadczenie w projektowaniu lub przebudowie torowiska tramwajowego z siecią trakcyjną o długości co najmniej 500 metrów toru pojedynczego

Do oferty Odwołującego załączono również referencje z 14 lutego 2014 r. wystawione przez ILF Consulting dla „Siblej" M. C., dotyczące prac projektowych na II linii metra oraz referencje z dnia 24 lutego 2014 r. wystawione przez TOR-KAR-

---

SSON Z. K. dla „Siblej” M. C. dotyczące wykonania projektów drogowych w ramach realizacji przebudowy ul. Powstańców Śląskich i ul. Radiowej.

Pismem z dnia 13 listopada 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem następującej treści:

W nawiązaniu do Oferty złożonej w postępowaniu na opracowanie dokumentacji budowy zajezdni tramwajowej Annopol w Warszawie oraz pełnienie nadzoru autorskiego (oznaczenie sprawy: DNZ/155/2014), Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", wzywa do:

1) *wyjaśnienia w zakresie usługi wskazanej w poz. 1 Wykazu wykonanych usług oraz dokumentu potwierdzającego jej należyte wykonanie w zakresie powierzchni łącznej budynków - prosimy o wyjaśnienie czy realizowany projekt obiektu na Kabatach obejmował budynki o łącznej powierzchni 10 000 m2, ponieważ z referencji wystawionych przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. z dnia 8.10.2014 r. wynika że była to powierzchnia 4272,00 m2 (obliczając powierzchnię z wymiarów podanych w pkt. 1 i 2 referencji) lub 4 370,88 m2 (obliczając powierzchnię z wymiarów podanych w akapicie „pozostałe parametry"), natomiast w Wykazie wykonanych usług oświadczyli Państwo, że łączna powierzchnia budynków wynosi około 10 000 m2; w przypadku gdy łączna powierzchnia zaprojektowanych budynków zajezdni jest mniejsza niż 8 000 m2 (wymóg Zamawiającego określony w warunku udziału w postępowaniu) Zamawiający wzywa do wykazania się inną usługą spełniającą warunek udziału w postępowaniu określony w ust. 5 pkt. 5.1. ppkt. 2 lit a rozdziału I SIWZ wraz z dokumentem potwierdzającym jej należyte wykonanie;*
2) *uzupełnienia (złożenia) Referencji nr XX02-ILFWs-AS-0914 z dnia 14.02.2014 r. (wystawionych przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.) oraz Referencji z dnia 24.02.2014 r. (wystawionych przez Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON) poświadczonych „za zgodność z oryginałem" przez podmiot, który udostępnia swoje zasoby, tj.: Pana M. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Siblej, zgodnie z ust. 10 pkt. 10.9 rozdziału I SIWZ.*

   Do Oferty dokumenty zostały dołączone w kopii poświadczonej „za zgodność z oryginałem" przez Wykonawcę.
3) *wyjaśnienia czy dokumentacja Projekt i budowa 11 linii metra od stacji „Rondo Daszyńskiego" do stacji „Dworzec Wileński" w Warszawie, wykazana na*

---

   potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit. d rozdziału I SIWZ, faktycznie obejmował swym zakresem stację trakcyjną tramwajową wraz z urządzeniami;

   Wg wiedzy Zamawiającego, który był jednostką uzgadniającą projekty budowy II linii metra w zakresie infrastruktury tramwajowej stacji trakcyjnej tramwajowej nie była w zakresie dokumentacji.

   Zamawiający prosi, aby wyjaśnienia w powyższym zakresie oparte były na szczegółowych dowodach potwierdzających stanowisko Wykonawcy;
4) *uzupełnienia (złożenia) pisemnego Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia Pana M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Siblej z poprawną treścią zobowiązania w zakresie osoby upełnomocnionej do reprezentowania ww. podmiotu;*

   z ww. Zobowiązania wynika, że upoważnionym do reprezentowania Pana M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Siblej jest Pan J. K. natomiast Zobowiązanie zostało podpisane przez Pana M. C.;
5) *wyjaśnienia czy Pan J. Ż. wykazany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 5 pkt. 5.1. ppkt. 3 lit d rozdziału I SIWZ faktycznie opracował dokumentację projektową Projekt i budowa II linii metra od stacji „Rondo Daszyńskiego " do stacji „Dworzec Wileński" w Warszawie w zakresie budowy i przebudowy torowiska tramwajowego o długości 1424 mtp+1025mtp+357mtp+533 mtp;*

   wg wiedzy Zamawiającego, który był jednostką uzgadniającą projekty budowy

II linii metra w zakresie infrastruktury tramwajowej - Pan J. Ż. nie opracował dokumentacji w zakresie budowy i przebudowy torowiska tramwajowego dla ww. projektu. Zamawiający prosi, aby wyjaśnienia w powyższym zakresie oparte były na szczegółowych dowodach potwierdzających stanowisko Wykonawcy.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 17 listopada 2014 r. Odwołujący wskazał:
„[…]
Dotyczy punktu 3 wezwania.

W załączeniu przekazuje uzupełniony wykaz usług wraz ze zobowiązaniem podmiotu udostępniającego tj. Przedsiębiorstwa TOR-KAR-SSON referencje dot. Zaprojektowania i trasy tramwajowej wraz z wybudowania infrastrukturą towarzyszącą w ciągu ul. Powstańców Śląskich w Warszawie. Ww. Usługa została wykonana na rzecz Tramwajów Warszawskich Sp. Z o.o. i odebrana w dniu 03.07.2014 i potwierdza spełnienie warunków wiedzy i doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowej budowy lub przebudowy (modernizacji) co najmniej jednej stacji trakcyjnej tramwajowej, kolejowej lub metra wraz z urządzeniami, ponieważ w zakres usługi wchodziło wykonanie projektu przebudowy podstacji prostownikowej. Z uwagi na fakt, że jest to usługa na rzecz Zamawiającego, nie załączamy dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zobowiązania.

Dotyczy punktu 4 wezwania.
W załączeniu przekazujemy zobowiązanie prawidłowo podpisane i uzupełnione przez Pana M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Siblej.

Dotyczy punktu 5 wezwania.
W załączeniu przekazujemy uzupełniony wykaz osób z uzupełnionymi informacjami na temat doświadczenia zawodowego Pana J. Ż. . Dodatkowo przekazujemy dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi, co potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. Referencje wystawione projektantowi przez Zamawiającego.
Jednocześnie oświadczamy iż złożone wyjaśnienia i uzupełnienia potwierdzają w sposób jednoznaczny warunki udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania Ofert.
Do pisma załączono:
Zobowiązanie TOR-KAR-SSON do udostępnienia wykonawcy następujących zasobów:
Wiedzy i doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowych budowy lub przebudowy (modernizacja) co najmniej jednej stacji trakcyjnej tramwajowej, kolejowej lub metra wraz z urządzeniami tj. wykonanie projektu przebudowy podstacji prostownikowej w Warszawie przy ul. Powstańców Slaskich w ramach inwestycji

---

„Zaprojektowanie i wybudowanie trasy tramwajowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ciągu ul. Powstańców Śląskich w Warszawie”
Zobowiązanie G. C. (Siblej) do udostępnienia wykonawcy:

1) Wiedzy i doświadczenia w opracowaniu dokumentacji projektowych budowy lub przebudowy (modernizacji) torowiska tramwajowego z siecią trakcyjną o długości 500 metrów toru
(punkt 1 zobowiązania zmieniony w stosunku do zobowiązania przedłożonego wraz z ofertą; pozostała treść bez zmian)

Ponadto załączono nowy Załącznik nr 2 do oferty - Wykaz wykonanych usług, gdzie w poz. 4 wpisano inwestycję na ulicy Powstańców Śląskich, jako potwierdzającą spełnianie warunku, o którym mowa w Rozdz. I ust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit. d SIWZ oraz oświadczono, iż zawierała projekt stacji trakcyjnej tramwajowej wraz z urządzeniami.

Załączono również referencje Tor-karsson wystawione dla Siblej M. C. i

dotyczące projektów w branży drogowej wykonanych na ww. inwestycji.

Przedstawiono także zmieniony załącznik nr 3 do oferty – Wykaz osób, w którym w poz. 4, odnośnie p. J. Ż. wskazano inną realizację, na której nabył swoje doświadczenie – dokumentację projektową przebudowy torowiska na ul. Powstańców Śląskich i Radiowej.

Pismem z dnia 25 listopada 2014 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, podając w tym zakresie następujące uzasadnienie faktyczne:

1) Wykonawca na potwierdzenie:

a) spełniania warunku udziału wpostępowaniu, o którym mowa wust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit. d rozdziału I SIWZ, tj. wykonania dokumentacji projektowej (rozumianej jako dokumentacja na podstawie której wydano decyzję umożliwiającą wykonanie robót budowlanych, tj, pozwolenie na budowę, decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej lub analogiczny dokument dla robót wykonywanych poza Rzeczpospolitą Polską) budowy lub przebudowy (modernizacji) co najmniej jednej stacji trakcyjnej tramwajowej, kolejowej lub metra wraz z urządzeniami wWykazie

---

wykonanych usług wykazał się realizacją zamówienia Projekt i budowa II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński wWarszawie;

Wykonawca oświadczył wWykazie wykonanych usług (wpozycji 4). że ww. zamówienie obejmowało stację trakcyjną tramwajowa wraz z urządzeniami: Wykonawca wskazał również, że ww. zamówienie zostało zrealizowane na rzecz ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., załączył referencje ILF wydane dla Pana M. C. oraz Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobówna okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia Pana M. C.;

wg wiedzy Zamawiającego, który był jednostką uzgadniającą projekty budowy II linii metra wzakresie infrastruktury tramwajowej, stacja trakcyjna tramwajowa nie wchodziła wzakres dokumentacji na budowę II linii metra;

b) spełniania warunku udziału wpostępowaniu, o którym mowa wust 5 pkt 5.1. ppkt 3 lit. d rozdziału I SIWZ, tj. dysponowania osobą posiadają uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń wspecjalności drogowej - co najmniej jedną osobą posiadającą doświadczenie polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy lub przebudowy (modernizacji) torowiska tramwajowego o długości co najmniej 500 metrówtoru pojedynczego (mtp) wWykazie osób, które będą uczestniczyć wwykonywaniu zamówienia (dalej „Wykaz osób") wykazał w pozycji 4 na stanowisko Projektanta branży drogowej Pana J. Ż. oraz oświadczył, że Pan J. Ż. posiada doświadczenie polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej inwestycji Projekt i budowa II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński wWarszawie wzakresie budowy i przebudowy torowiska tramwajowego o długości 1424 mtp+1025 mtp-f-357 mtp+533 mtp;

wg wiedzy Zamawiającego, który był jednostką uzgadniającą projekty budowy II linii metra wzakresie infrastruktury tramwajowej, Pan J. Ż. nie opracował dokumentacji projektowej budowy i przebudowy torowiska tramwaj owego wramach inwestycji Projekt i budowa II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński wWarszawie.

2) Zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2014 (l.dz.: TW/DNZ/261 - 155/4553/2014) wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień wzakresie informacji wskazanych przez Wykonawcę wOfercie, na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa wust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit. d i ust. 5 pkt 5.1. ppkt 3 lit d

---

rozdziału 1 SIWZ, wobec uzasadnionego podejrzenia złożenia przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji.

3) Wykonawca nie złożył, wodpowiedzi na pismo, o którym mowa wpkt 2, żadnych *wyjaśnień wzakresie informacji zawartych wWykazie wykonanych usług (pozycja 4) i Wykazie osób (pozycja 4) lecz samodzielnie, bez wezwania Zamawiającego wtym zakresie, złożył:*

1) nowy Wykaz wykonanych usług, wktórym wykazał inna usługę na potwierdzenie spełniania warunku udziału wpostępowaniu, o którym mowa wust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit. d rozdziału I SIWZ;

2) nowy Wykaz osób, które będą uczestniczyć wwykonywaniu zamówienia, wktórym wykazał inne doświadczenie zawodowe Pana J. Ż. na potwierdzenie spełniania warunku udziału wpostępowaniu, o którym mowa wust. 5 pkt 5.1. ppkt 3 lit. d rozdziału I SIWZ.

4) Zamawiający nie uznał skuteczności samodzielnego uzupełnienia dokumentów, gdyż nie zachodziły przesłanki do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentówwtrybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie uwzględnił złożonych przez Wykonawcę dokumentów, wzakresie, o którym mowa wpkt 3.

5) Zamawiający nie wezwał Wykonawcy wtrybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów, gdyż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą informacje składane wtoku postępowania nie podlegają uzupełnieniu. nieprawdziwe Skorzystanie z art. 26 ust. 3 ustawy, wprzypadku nieprawdziwych informacji możliwe jest jedynie wprzypadku, gdy nieprawdziwe informacje mają charakter błędu, czego nie wykazał Wykonawca (nie złożył wtym zakresie żadnych *wyjaśnień).*

6) Zamawiający miał podstawę do przyjęcia, że nieprawdziwe informacje (przedstawiające odmienny stan od istniejącego wrzeczywistości) złożone przez Wykonawcę wOfercie wWykazie wykonanych usług i Wykazie osób, które będą uczestniczyć wwykonywaniu zamówienia były zamierzonym, świadomym *działaniem Wykonawcy mającym na celu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.*

7) Zamawiający uznał, iż podane przez Wykonawcę informacje wWykazie wykonanych usługi i Wykazie osób, które będą uczestniczyć wwykonywaniu zamówienia, wprzypadku braku wiedzy wynikającej z faktu, że z Zamawiającym była uzgadniana dokumentacja dot. II linii metra wzakresie infrastruktury tramwajowej, prowadziłyby do wprowadzenia Zamawiającego wbłąd i uznania, że Wykonawca

---

wykazał spełnianie warunków, o których mowa wust. 5 pkt 5.1. ppkt 2 lit. d rozdziału I SIWZ oraz ust. 5 pkt. 5.1. ppkt. 3 lit d rozdziału 1 SIWZ i wkonsekwencji prowadziłyby do wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej wniniejszym postępowaniu (oferta z najniższą ceną; kryterium oceny ofert - cena 100%).

8) Tym samym uznać należy, że przesłanki wykluczenia Wykonawcy wskazane wart. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj.:

1) złożenie nieprawdziwych informacji,

2) wpływu tychże informacji na wynik postępowania zostały spełnione, czego konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym

upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Tym samym w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny … *etc.,* materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w tym zakresie lub nie wykazali spełniania powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego.

Przy czym wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, możliwe jest tylko i wyłącznie z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp – wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, których pierwotnie, wraz z wnioskiem lub ofertą, nie przedłożył.

Natomiast w przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania – art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje zastosowania. Ujmując rzecz jak najlapidarniej, wskazać można, iż braki w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być sanowane, natomiast kłamstwa wykonawcy – nie.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiekolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle przytoczonych niżej przepisów określających *onus probandi,* dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W

---

postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Za ugruntowany i trafny należy uznać wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione należycie. Teza ta znajduje np. potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości.

Ponadto w najnowszym, ale już ugruntowanym, orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie i przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). Przede wszystkim, uwzględniając tzw. wykładnię proeuropejską, dla wykluczenia wykonawcę z postępowania, należy stwierdzić, iż winien jest poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W rozpatrywanym przypadku nie zaistniały opisywane powyżej przesłanki referujące do zawinienia i celu podania nieprawdziwych informacji. Bezsporne pomiędzy stronami pozostaje, iż informacje na temat doświadczenia nabytego przez

„Siblej” M. C. oraz J. Ż. przy projektowaniu II linii metra były nieprawdziwe, tj. nie odpowiadały rzeczywistości. Jednakże nie można z całą pewnością stwierdzić, iż wykonawca miał świadomość *szkodliwego skutku swojego zachowania i celowo do niego zmierzał* (za uzasadnieniem powoływanego wyżej wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie), a więc że w sposób intencjonalny chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu i dzięki temu zamówienie uzyskać.

Za powyższą konstatacją przemawia charakter zastanych „nieprawdziwości” i ich geneza.

W pierwszej kolejności należy wziąć pod uwagę notoryjny dla danej wyspecjalizowanej branży fakt, iż Zamawiający konsultował projekty dotyczące torowisk tramwajowych przy ww. inwestycji i nieprawdopodobne jest założenia, iż

---

racjonalnie działający wykonawca mógł liczyć i się spodziewać, że przedstawi Zamawiającemu jako prawdziwe informacje, które rzeczywistości nie odpowiadają, a które są Zamawiającemu doskonale znane.

Po drugie, w przypadku doświadczenia p. J. Ż. nieracjonalne i zupełnie pozbawione sensu byłoby świadome i celowe podawanie nieprawdziwych informacji, skoro ww. osoba posiada wymagane doświadczenie i stawiany warunek udziału spełnia – tyle tylko, że nabyła to doświadczenie przy innej inwestycji (przebudowie ul. Powstańców Śląskich).

Natomiast w odniesieniu doświadczenia M. C. prowadzącego działalność gospodarcza jako firma „Siblej” wskazać należy, iż zestawienie wszystkich okoliczności ustalonych i podnoszonych w danej sprawie, a także zeznania wyżej wymienionego, uwiarygadniają i czynią prawdopodobną okoliczność, iż Odwołujący jak najbardziej mógł przez pomyłkę i niezrozumienie skomplikowanych okoliczności faktycznych związanych z doświadczeniem wyżej wymienionego, podać Zamawiającemu informacje zawarte w poz. 4 załącznika nr 2 do oferty.

Jakkolwiek przyznać należy Zamawiającemu, iż Wykonawca, w odpowiedzi na pismo z 13 listopada 2014 r. powinien wyjaśnić przyczyny podania nieprawdziwych informacji, a nie od razu, bez słowa komentarza, podawać informacje nowe. Ponadto stwierdzić należy, iż oferta i załączone do niej wykazy zostały przygotowane w sposób wyjątkowo nieprofesjonalny, a wykonawca nie dołożył przy tym należytej, wymaganej w stosunkach danego rodzaju staranności. Jednakże powyższe, w świetle obowiązującej aktualnie interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie jest wystarczające do wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu.

W związku z powyższym należało uznać, iż Odwołujący nie podał nieprawdziwych informacji w rozumieniu ww. przepisu, nakazać Zamawiającemu przywrócenie Odwołującego do postępowania oraz dalsze badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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).

……..