

WYROK
z dnia 26 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 stycznia 2016 r.** przez wykonawcę **Foxytech sp. z o.o., z siedzibą w Świdnicy** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja S.A., z siedzibą w Krakowie** przy udziale wykonawcy **Aparator S.A., z siedzibą w Toruniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Foxytech sp. z o.o., z siedzibą w Świdnicy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Foxytech sp. z o.o., z siedzibą w Świdnicy** tytułem wpisu od odwołania;

1

-
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Foxytech sp. z o.o., z siedzibą w Świdnicy** na rzecz zamawiającego **Tauron Dystrybucja S.A., z siedzibą w Krakowie** kwotę **3 600 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

UZASADNIENIE

W dniu 2 stycznia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **Foxytech sp. z o.o., z siedzibą w Świdnicy** (dalej „Odwołujący”) zarzucają zamawiającemu **TAURON Dystrybucja S.A.** (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

W zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania:

- (i) art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE poprzez wykluczenie Odwołującego z uwagi na złożone przez niego nieprawdziwe informacje, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 24

ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- (ii) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie mogła zostać wykluczona;
- (iii) art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych;
- (iv) ewentualnie inne naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynikających bezpośrednio bądź pośrednio z treści uzasadnienia.

W zakresie wyboru oferty wykonawcy Apator S.A.

- (v) art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty niezgodnej z ustawą i treścią SIWZ;
- (vi) art. 2 pkt. 5 oraz art. 91 ustęp 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie wybranie najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że wybrana oferta nie spełnia wymogów SIWZ oraz ustawy;

3

-
- (vii) art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż wykonawca Apator S.A. nie wykazał spełnienia udziału w postępowaniu, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania spowodowało naruszenie zasady nieuczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców;
 - (viii) art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych;
 - (ix) ewentualnie inne naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynikających bezpośrednio bądź pośrednio z treści uzasadnienia.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 23 grudnia 2015r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w przetargu o wyborze oferty APATOR S.A. oraz wykluczeniu Odwołującego.

Ad. I Wykluczenie Odwołującego

W ocenie Odwołującego wykluczenie go z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty jest bezzasadne z następujących przyczyn.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa Pzp”, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Cytowany przepis zawiera dwie przesłanki, a ich kumulatywne wystąpienie powinno skutkować wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego dotyczą. Do przesłanek wskazanych przez ustawodawcę należy zaliczyć fakt, iż wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz okoliczność, iż informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Odwołującego interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być związana z art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, z którego wynika, że z udziału z postępowania można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy (brzemiennie przepisu w całości pokrywa się z wcześniej obowiązującą regulacją zawartą w art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. w sprawie

koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi). W świetle wskazanej wykładni prawa regulacja zawarta w art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy, kładąca nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji, stanowi wskazówkę interpretacyjną art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego do takiej wykładni przychylają się w swoim orzecznictwie sądy okręgowe zainspirowane skargami prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wyroki KIO. Ten sposób wykładni potwierdzają także przepisy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które nakazują wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli zawierają one błędy, oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje poprawę omyłek w treści oferty. Powyższe przepisy, w ocenie Odwołującego, prowadzą do konstatacji, iż ustawodawca dopuszcza poprawienie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty, pomimo że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością. W ocenie Odwołującego tak przedstawiony stan prawny implikuje tezę, że podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu tylko taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, a zatem działa on z pełną świadomością szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierza. Ustawodawca dopuszcza bowiem uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia więc działania nieumyślnego (tak: J.E. Nowicki w: Bazan A., Nowicki J.E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz", LEX 2015).

Dalej Odwołujący wskazał, że nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę. Ustawodawca przewidział w dyspozycji wskazanego przepisu, iż wykluczeniu podlega wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje. Jak wskazuje orzeczenie KIO z dnia 30 maja 2014 r. (Sygn. akt KIO 967/14): „użycie zwrotu "złożyli nieprawdziwe informacje" w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp świadczy o działaniu intencjonalnym, a nie tylko o fakcie złożenia określonych informacji. W ocenie Odwołującego na gruncie przepisów ustawy Pzp ustawodawca wielokrotnie posługuje się zwrotem "złożyli", w tym wobec czynności złożenia ofert bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Złożenie np. oferty jest przejawem określonej woli, w tym przypadku nakierowanym na chęć uzyskania zamówienia. Skoro na tle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp in fine, posługującego się podobnie, jak przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zwrotem "złożyli", wskazuje się na cel, jakim jest zapobieżenie znowom przetargowym (cenowym) - będących przede wszystkim wynikiem określonego działania, ponadto nacechowanego elementami podmiotowymi, to trudno przyjąć za przekonujące, 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 irrelevantna dla sprawy". Wskazane orzeczenie potwierdza także konieczność interpretacji przepisu ustawy prawo zamówień publicznych w zgodzie z dyrektywami unijnymi. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 14 maja 2014 r. Sygn. akt. KIO 859/14.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wykazał w żadnym dokumencie winy umyślnej wykonawcy, a faktu takiego nie można domniemywać. Odwołujący powołał się na orzeczenie Sądu Okręgowego w Krakowie z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 433/08. Odwołujący wskazał, że ramach przedmiotowego postępowaniu Wykonawca w dobrej wierze przedstawił list referencyjny wystawiony na rzecz Holley Metering Ltd. przez Spółkę Akcyjną Państwa Republiki Uzbekistanu „UZBEKENEREGO”. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd (tak też: wyrok KIO z dnia 23 października 2012 r., KIO 2196/12 oraz orzeczenie SO we Wrocławiu X Ga 296/08 z 30.10.2008 r., SO w Kielcach VII Ga 136/09z 10,11.2009 r.). Odwołujący wskazał, że złożył sporny dokument wraz z oświadczeniem Spółki Holley Metering Ltd. o udostępnieniu wiedzy oraz

doświadczenia tejże spółki. Dokument ten nie budził wątpliwości Odwołującego, który działając w zaufaniu do współnika Odwołującego przedłożył go wraz ze wskazanym oświadczeniem. Złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania to czynność dokonana przez wykonawcę w sposób zamierzony, tj. z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa (zob. wyrok KIO 552/14).

Odwołujący wskazał, że dopiero w trakcie trwania postępowania Wykonawca powziął wiadomość, iż dostawy, o których mowa w liście referencyjnym były co prawda wykonywane przez Holley Metering Ltd., ale z punktu widzenia prawnego przy pomocy spółki ELEKTRON XISOBLAGICH, której spółka Holley Metering Ltd. była ponadto udziałowcem. Nieznajomość prawa polskiego oraz tutejszych norm zwyczajowych sprawiła, iż Holley Metering Ltd. wraz z oświadczeniem przedłożył list referencyjny od ostatecznego odbiorcy liczników produkowanych przez spółkę. Działaniu takiemu także nie można przypisać winy i działania w złej wierze, albowiem przedstawiciele spółki z pewnością mają na celu dobro utworzonej w Polsce spółki Odwołującego. Ponadto Odwołujący wskazał, iż uważali oni, że jedynie ostateczny odbiorca liczników może udzielić referencji wskazujących na jakość oraz prawidłowość realizowanych dostaw.

6

W ocenie Odwołującego Zamawiający jest zobowiązany bezspornie wykazać, iż przedłożenie nieprawdziwych informacji, jakie znalazły się w oświadczeniach lub dokumentach było celowym działaniem wykonawcy. Dlatego, w ocenie Odwołującego, nie sposób przyznać Zamawiającemu rację, iż Odwołujący podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Taka decyzja Zamawiającego nie może ostać się w obrocie prawnym, choćby z uwagi na stanowisko KIO zawarte w orzeczeniu z dnia 18 kwietnia 2011 r.. w sprawie o sygn. akt. KIO 637/11.

W ocenie Odwołującego przedstawione powyżej okoliczności w sposób niebudzący wątpliwości wskazują, iż Odwołującemu nie można przypisać winy umyślnej w działaniu, a podejmowane przez niego czynności celem sanowania niedokładnego określenia dostawcy w liście referencyjnym należy uznać za dowód wskazujący w zupełności na jego korzyść. Okoliczności te powinny być zgodnie z zasadą in dubio pro reo interpretowane na korzyść Odwołującego. Natomiast kategorycznie należy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył tę zasadę, wskutek czego nie podolał on także ciężarowi dowodów wskazanemu w art. 6 k.c. Nadto naruszona została wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W praktyce oznacza to, iż zamawiający zobowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości dotyczące złożonych wraz z ofertą dokumentów w zakresie dotyczącym wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ich prawdziwości i ewentualnie winy wykonawcy w przypadku przedłożenia nieprawdziwych informacji. Działania podejmowane przez Zamawiającego nie miały na celu wyjaśnienia istnienia winy Odwołującego w złożeniu informacji wskazanych w liście referencyjnym wystawionym przez Spółkę Akcyjną Państwa Republiki Uzbekistanu „UZBEKENEREGO”. Odwołujący wskazał, że w kolejnych wezwaniach Zamawiający dochodził jedynie okoliczności mających uwydatnić stosunek prawny łączący podmiot wystawiający list referencyjny oraz Holley Metering Ltd. Powyższe jest o tyle ważne, iż Zamawiający działając w sposób arbitralny pozbawił możliwości naprawienia błędu przez Odwołującego. Odwołujący powołała się na wyrok o sygn. akt IV/Ca 683/12, niepubl., wydanym przez Sąd Okręgowy w Warszawie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wykazał także istnienia drugiej wymaganej przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.). Zamawiający w przesłanej informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie uzasadnił także zaistnienia drugiej przesłanki - faktu, iż

7

nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, do czego zgodnie z przepisami był zobowiązany. Do oceny zachowania Zamawiającego należy wskazać, iż na etapie badania ofert przy wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obowiązek udowodnienia, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ciąży na zamawiającym. Sam fakt złożenia informacji nieprawdziwej nie może stanowić podstawy do uznania, że okoliczność ta miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Należy zauważyć, że ustawodawca w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wyraźnie nakazał zamawiającym dokonywanie w każdym przypadku oceny, czy złożenie informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Takiej oceny Zamawiający w oświadczeniu nie przedstawił, uniemożliwiając merytoryczne ustosunkowanie się przez Odwołującego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2196/12 z dnia 23 października 2012 r.

Odwołujący wskazał, że nie tylko na wezwanie Zamawiającego z dnia 27.11.2015 r. przedstawił referencje pochodzące od ELEKTRON XISOBLAGICH, ale także przedłożył referencje świadczące o tym, iż spółka Holley Metering Ltd. spełnia wymogi SIWZ w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia przedkładając dodatkowo List referencyjny Spółki Holley Group Electric (Thailand) Co., Ltd. z dnia 7 lipca 2015 r. Działanie takie zostało w orzecznictwie sądów okręgowych uznane za dopuszczalne. Odwołujący powołał się na wyrok z 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt: VI Ga 134/12) Sądu Okręgowego w Toruniu.

Odwołujący wskazał, że uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo sądów okręgowych należy stwierdzić, że jedynie działanie wykonawcy z winy umyślnej, prowadzące do złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, może skutkować zastosowaniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszczalne jest uzupełnianie nie tylko dokumentów niezłożonych lub wadliwych, ale także dokumentów zawierających informację nieprawdziwą (złożoną jednak z winy nieumyślnej). W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wezwał Odwołującego do przedłożenia nowych dokumentów potwierdzających spełnianie przez jego ofertę wymogów SIWZ. Aczkolwiek należy zauważyć, iż Zamawiający dysponował już w dokumentacji przetargowej wystarczającymi dokumentami pozwalającymi na ocenę zgodności oferty Odwołującego z SIWZ (referencje udzielone przez ELEKTRON XISOBLAGICH oraz List referencyjny Spółki Holley Group Electric (Thailand) Co., Ltd. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2723/10 oraz KIO 1687/14.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do przedłożonych dokumentów, do czego był zobligowany. Przedłożenie wskazanych powyżej dokumentów na wezwanie Zamawiającego z dnia 27.11.2015 r. stanowi także asumpt do potwierdzenia tezy, iż także druga przesłanka zawarta w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie została spełniona, bowiem mając na uwadze powyżej przytoczone orzecznictwo sądów oraz KIO nie sposób uznać, iż nieprawdziwe informacje miały lub mogły mieć wpływ na postępowanie. Każdy przekazany Zamawiającemu przez wykonawcę dokument, poza lub ponad wezwanie należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę zarówno zakres wezwania lub jego brak, zakres przesłanych dokumentów oraz fakt, czy w sytuacji ponownego wezwania wykonawca będzie miał możliwość ponownego przesłania dokumentu w żądanej formie(tak: KIO w wyroku z dnia 18 lutego 2015r. w sprawie o sygn. akt 213/15). Izba w przytoczonym orzeczeniu wskazała, że: „dokumenty lub oświadczenia o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp winny być uzupełniane tylko po uprzednim wezwaniu przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Natomiast przesłane ewentualnie Zamawiającemu przez wykonawcę bez wezwania dokumenty winny być ocenione przez, przyzmat zasady z art. 26 ust.3 Pzp, treści samego wezwania, a także ww. uwarunkowań”.

W ocenie Odwołującego za niedopuszczalne jest takie bezrefleksyjne wykluczenie Odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy ten samodzielnie przesyła Zamawiającemu dokumenty potwierdzające wymagania wynikające z SIWZ. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał tylko pozornej wnikliwej czynności ponownego badania ofert będąc w dalszym ciągu ukierunkowanym na uprzedni wybór wykonawcy Apator S.A. Zamawiający nie wskazując przyczyn, dla których nie rozpatrzył przesłanych dokumentów nie tylko naruszył

wskazaną powyżej normę prawa zamówień publicznych, ale także elementarne zasady tego prawa, a mianowicie zasadę jawności i przejrzystości postępowania. Należy mieć na względzie, iż tym samym uniemożliwił merytoryczne odniesienie się Odwołującego do takiej decyzji Zamawiającego oraz skłonił Odwołującego do złożenia niniejszego odwołania celem obrony swoich praw.

W ocenie Odwołującego skoro brak jest podstaw do odrzucenia oferty w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp to obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Pzp. Przepis ten nakazuje Zamawiającemu podjęcie takiej czynności. Podczas całego przetargu Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia w tym trybie Odwołującego, a w stosunku do innego wykonawcy stosował ten przepis mimo braku podstaw do takiego działania. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jeżeli już próbował stosować wobec Odwołującego art. 26 ust. 3, to w sposób niezgodny z prawem w celu jego wykluczenia co zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Wykonawczej. Stanowi to

9

rażące naruszenie równego traktowania wykonawców w przetargu o wykonanie zamówienia publicznego.

W zakresie niezgodności oferty wykonawcy Apator z SIWZ oraz ustawą Pzp Odwołujący wskazał na następujące niezgodności:

1. Plomby na próbce (wzorcu licznika) niezgodne z załączonym Certyfikatem MID B

Zgodnie z certyfikatem MID B - Aneks opisowy do Certyfikatu Badań Typu SK-043 MI-003 Rew. 1, rys. 15 sir. 153 oferty oraz opis tego rysunku w punkcie 6 str. 159 oferty - licznik zabezpieczony jest dwoma plombami producenta. Tymczasem załączone przez Wykonawcę wzory liczników zawierają 4 plomby -- dwie zaciskane i dwie naklejane co jest niezgodne z certyfikatem MID.

2. Brak wymaganych załączników do certyfikatu MID B Zamawiający wymagał w tym zakresie:

Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania Wykonawca załączył do oferty: 3.3.2.1 SIWZ - kserokopię Certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami wydanego przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z Dyrektywą. 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 31.03.2004 roku w sprawie urządzeń pomiarowych (Dz. U. UE L. 04, nr 135, poz. 1 z późn. zm.) oraz zgodnie z pkt 3.3.1.6. kserokopię Certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami wydanego przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z Dyrektywą 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 31.03.2004 roku w sprawie urządzeń pomiarowych (Dz. U. UE L. 04, nr 135, poz. 1 z późn. zm.),

W ocenie Odwołującego w załączonej przez wykonawcę Apator dokumentacji MID B brakuje wymaganych załączników potwierdzających badanie liczników, których lista znajduje się w p. 7 Aneksu opisowego do Certyfikatu EC Badań Typu SK-043 MI-003 Rew. 1. (str.159 i 160 oferty) a w szczególności nie dostarczono następujących raportów/badań stanowiących integralną część certyfikatu:

- a) Raport z ewaluacji nr 046/1432/14 MI-003 z 10/09/2014 wydany przez SLM NB 1432 (str. 159 oferty);
- b) Raport z badań nr 2014/M1-003/B 056/SW 15 z 14/08/2014 wydany przez SLM NB 1432 (str. 160 oferty)

10

-
3. Dodatkowo z analizy Certyfikatu MID z dn. 11 września 2014 r. załączonego do oferty wystawionego na licznik CORAX 1: „Certyfikat numer SK 12 - 043 MI-003 Rev.1” nasuwają się następujące wnioski:

- w certyfikacie zamieszczony jest „Aneks opisowy do Certyfikatu EC Badań Typu SK-043 MI-003 Rew. 1;

- punkcie 8 Aneksu znajduje się wykaz „Dokumentacji zastosowanej do oceny” gdzie występują certyfikaty, protokoły z badań oraz inne dokumenty z badań liczników typu EA5, 12EA52grn oraz EA52.

W ocenie Odwołującego to zasadniczo inne typy liczników niż oferowany w postępowaniu CORAX 1.

Przykładowe pozycje:

- „Certyfikat EC Badań Typu nr SK 09-004 MI-003 rew. 0 i dodatek 2 dla licznika energii elektrycznej czynnej LA5 wyprodukowany przez PAFAL, wydany przez Organ Certyfikujący 1432”, data wydania 21.01.2010;
- EA5 – zał 1 -metrologia.xls” - „charakterystyki metrologiczne licznika LA5; „Sprawozdanie – LL – 25 – 08 - 12EA52grn.doc”; -„Sprawozdanie z badań nr 25/LL/2008” z 07.11.2008;
- „Sprawozdanie z badań nr 04/LL/2008” dla NEO 12 i EA52 z 26.05.2009 wydane przez IEL Warszawa.

Odwołujący wskazał również, że w toku postępowania Zamawiający zwrócił się do Apator w dniu 08.09.2015 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o przedstawienie następujących dokumentów, tj. naklejki do umieszczenia na opakowaniu dostarczonego wraz z ofertą licznika. Odwołujący wskazał, iż dokumenty, co do których przedłożenia został wezwany podmiot nie podlegają uzupełnieniu w tym trybie, a co za tym idzie ich brak powinien skutkować odrzuceniem oferty Apator bowiem w takim stanie rzeczy oferta przedłożona przez tego wykonawcę była niezgodna z siwz. W ocenie Odwołującego zgodnie z utrwalonym dotychczas orzecnictwem KIO, co do zasady, nie podlegają uzupełnieniu: formularz ofertowy, kosztorys cenowy, harmonogram, metodologia, opis realizacji zamówienia, zestawienie parametrów technicznych urządzenia, dokumenty gwarancyjne, oświadczenia producenta co do zapewnienia serwisu gwarancyjnego, wnioski wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podobnie nie można uzupełniać dokumentów składających się na ofertę. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, wezwanie Apator S.A.

11

do przedłożenia dokumentów, które w żaden sposób nie mogły być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp., w kontekście okoliczności, iż Odwołujący nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów, a jedynie do złożenia wyjaśnień, implikuje fakt naruszenia przez Zamawiającego podstawowej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie zwracamy uwagę, że nie było nawet podstawy do wezwania o uzupełnienie naklejki, gdyż w SIWZ nie było takiego wymagania. Dodatkowo uzupełnienie oferty o naklejkę nie powoduje, że dostarczone wraz z ofertą opakowanie jest zgodne z SIWZ.

Dalej Odwołujący wskazał, że w postępowaniu Apator złożył Certyfikat Oceny Systemu Jakości (MODUŁ D) Nr JN1444-QS/1/2012 - wydanie nr 8 z dnia 27.08.2015 r. wystawiony przez Jednostkę Notyfikowaną nr 1444 - Okręgowy Urząd Miar w Katowicach. W certyfikacie użyto sformułowania: „Zakres niniejszej certyfikacji dotyczy następujących przyrządów pomiarowych, zgodnych z typem opisanym w certyfikacie badania typu WE” i w wierszu 6 tabeli wpisano Licznik energii elektrycznej typu CORAX 1... z certyfikatem badania typu WE nr SK 12-043 MI-003 rev. 1. W załączeniu do certyfikatu Apator załączył odpowiedni Certyfikat badania typu WE dla licznika CORAX 1 nr WL nr SK 12-043 MI-003 rev. 1.

Odwołujący wskazał, że w dniu 14 września 2015 roku Okręgowy Urząd Miar w Katowicach wystawił Certyfikat Oceny Systemu Jakości (MODUŁ D) Nr JN1444-QS/1/2012 - wydanie nr 9, który zastąpił dotychczasowy certyfikat - wydanie nr 8. W nowym wydaniu certyfikatu, w wierszu 6 tabeli dla licznika CORAX 1 podano inny numer certyfikatu WE: SK 12-043 MI-003 rev. 2, który zastępuje poprzedni certyfikat SK 12-043 MI-003 rev.1. A zatem, w ocenie Odwołującego po zmianie certyfikatu MID D, Apator nie może oferować licznika z nieaktualnym certyfikatem badania typu WE a oferta złożona w TDSA jest w tym zakresie nieaktualna oraz niezgodna z wymaganiami SIWZ.

W ocenie Odwołującego po uzyskaniu nowego Certyfikatu MID D wystawionego na

podstawie nowego certyfikatu badania typu WE, Apator nie może już produkować i dostarczać liczników CORAX 1 oferowanych w niniejszym postępowaniu gdyż zostały one zastąpione innym typem liczników.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu z dnia 20 czerwca 2015 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków

12

udziału w postępowaniu; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iii) ofertę Odwołującego oraz wykonawcy Apator na okoliczność ustalenia ich treści; (iv) tłumaczenie pisma z dnia 21 października 2015 r. nr 52 – 7 – 1947, tłumaczenie pisma z dnia 18 listopada 2015 r. nr AJ/SE/11/2015/002723/DDA, tłumaczenie pisma z dnia 20 listopada 2015 r. nr 52-7-2187, wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego w dniach 27 listopada 2015 r., 11 grudnia 2015 r. oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 1 grudnia 2015 r., 16 grudnia 2015 r. - na okoliczność wyjaśnienia treści referencji z dnia 26 listopada 2014 r. złożonej przez Odwołującego, treści wezwań oraz złożonych przez Odwołującego wyjaśnień; (v) tłumaczenie pisma Slovenska Legalna Metrologia z dnia 15 stycznia 2016 r. oraz pismo Okręgowego Urzędu Miar w Katowicach z dnia 8 stycznia wraz z zapytaniem wykonawcy Apator z dnia 7 stycznia 2015 r. na okoliczność ustalenia dopuszczalnego sposobu zabezpieczenia zaoferowanego przez wykonawcę Apator licznika; (vi) załączniki do pisma procesowego Odwołującego z dnia 25 stycznia 2015 r. tj. pismo Odwołującego z dnia 9 listopada 2015 r. oraz tłumaczenie odpowiedzi spółki UZBENENERGO z dnia 9 listopada 2015 r., tłumaczenie oświadczenie spółki Holley Metering Ltd z dnia 1 grudnia 2015 r. na okoliczność wykazania prawidłowości referencji z dnia 26 listopada 2014 r. (vii) informacje internetowe na temat spółki Elektron XISOBLAGICH na okoliczność ustalenia zakresu działalności tego podmiotu oraz związku ze spółką Holley Metering Ltd.; (viii) wyciąg z dokumentacji technicznej dla licznika Corax – 1 zaoferowanego przez wykonawcę Apator na okoliczność ustalenia dopuszczalnych sposobów zabezpieczenia.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn. Dostawa statycznych bezpośrednich 1 – fazowych i 3 – fazowych liczników energii elektrycznej.

Zgodnie z pkt 2.2.2 SIWZ zamówienie zostało podzielone na 2 zadania. Zadanie 1 obejmowało dostawę liczników 1 – fazowych, zaś zadanie 2 liczników 3 – fazowych.

W Rozdziale 3 SIWZ Zamawiający zawarł warunki udziału w postępowaniu. W pkt 3.1.1.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca musi wykazać, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych – wykonuje – dostawy bezpośrednich statycznych liczników energii elektrycznej, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, określając wymaganą ilość liczników 1 – fazowych i 3 – fazowych. Z kolei w pkt 3.2.1.1.2 Zamawiający wymagał przedłożenia dowodów, że dostawy na które wykonawca się powołuje zostały wykonane należycie tj. odpowiednich poświadczeń.

13

Izba ustaliła, że w pkt 3.3 SIWZ Zamawiający wskazał, aby oferowane liczniki spełniały wymagania zawarte w załączniku nr 12 (Opis Przedmiotu Zamówienia – dalej „OPZ”) (dla zadania nr 1). Na potwierdzenie wymagań, Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą jednego egzemplarza (próbkę) oferowanego licznika zgodnie z OPZ zawartym w Załączniku nr 12 (zadanie nr 1) wraz z oświadczeniem wykonawcy dotyczącym oferowanych liczników o spełnieniu stawianych wymagań. Ponadto Zamawiający wskazał, że dostarczone próbki zostaną poddane badaniom technicznym przez Zamawiającego w celu potwierdzenia stawianych wymagań. Wraz z próbką licznika wykonawcy, zgodnie z pkt 3.3.1.6 oraz 3.3.1.7 był zobowiązany przedłożyć kserokopię Certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami wydany przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z

Dyrektywą 2004/22/WE Parlamentu i Rady Unii Europejskiej z dnia 31.03.2004 r. w sprawie urządzeń pomiarowych oraz protokół z badania poboru mocy liczników, wykonany niezależnie od wykonawcy laboratorium.

W załączniku nr 12 Zamawiający zawarł OPZ dla zadania nr 1. Zamawiający wymagał m.in. w pkt 4, aby liczniki posiadały plomby, na które są nałożone cechy zabezpieczające, które muszą być wykonane z tworzywa sztucznego (lub hologramowe). Przez pojęcie plomb rozumie się element, na którym nałożone są cechy zabezpieczające. W pkt 11 Zamawiający wskazał, że liczniki muszą posiadać w widocznym miejscu na tabliczce znamionowej licznika oraz na opakowaniu indywidualny kod paskowy w formacie Code 128B zawierający wyłącznie numer fabryczny licznika (kod paskowy w formacie CODE 128B wraz z numerem ma być widoczny bez konieczności wypakowywania licznika z opakowania indywidualnego).

W pkt 3.6 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, ich potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych i ekonomicznych. W takiej sytuacji wykonawca musi udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował takimi zasadami.

W pkt 4.5 SIWZ Zamawiający określił kryteria oceny ofert – cena – 95%; walory techniczne – 5%. Zgodnie z informacją zawartą w protokole postępowania przetargowego termin składania ofert upływał w dniu 29 lipca 2015 r.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 27 listopada 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie jaki podmiot był dostawcą liczników wskazanych w treści referencji datowanej 26 listopada 2014 r. wystawionej przez spółkę UZBEKENERGO. Pismem z dnia 1 grudnia Odwołujący zwrócił się o wydłużenie terminu do

14

złożenia wyjaśnień. Odwołujący przedłożył również nowe referencje na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Pismem z dnia 11 grudnia 2015 r. Zamawiający wyznaczył ostateczny termin na złożenie wyjaśnień na dzień 18 grudnia 2015 r. Pismem z dnia 16 grudnia 2015 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wskazując m.in. że spółka Holley Metering Ltd oraz UZBEKENERGO utworzyły spółkę Elektron, w ramach której były dokonywane dostawy liczników, które wyprodukowała spółka Holley Metering Ltd. Odwołujący wskazał, że przedłożony list referencyjny potwierdza zarówno wykonanie dostaw jak i prawidłowość dostarczonych liczników.

Izba ustaliła również, że Zamawiający pismem z dnia 8 września 2015 r. zwrócił się do wykonawcy Apator w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o przedstawienie prawidłowej naklejki na opakowaniu dostarczonym wraz z ofertą uczniów. Pismem z dnia 10 września 2015 r. wykonawca Apator złożył odpowiednią naklejkę.

W dniu 22 stycznia 2015 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie w całości podniesionych zarzutów. Odwołujący złożył na posiedzenie z udziałem stron pisma procesowe, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis został uiszczony Izba postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż podniósł w odwołaniu niezasadne wykluczenie go z postępowania oraz zaniechanie odrzucenia wybranej oferty i wykazał tym samym, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji. Norma prawna

15

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

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki: (i) musi dojść w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp; oraz (ii) złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania. Weryfikacji więc podlegają okoliczności faktyczne zawarte w dokumentacji ofertowej danego wykonawcy. Weryfikacja to następuje w kategoriach prawda – nieprawda. Wskazać tu należy na orzeczenie Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42), w którym Sąd Najwyższy wskazał m.in. „Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. Przywołana regulacja, w przeciwieństwie do literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odwołuje się wprost do winy wykonawcy, który to wykonawca przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Z tym że podkreślić należy, że ustawodawca europejski

16

nie zawęży winy wykonawcy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Izba wzięła pod uwagę stanowisko jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie

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

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

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż

17

informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa (tak też w wyroku KIO z 11.02.2015, sygn. akt: 177/15, wyrok KIO z 23.07.2015, sygn. akt: 1425/15).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Takie podejście ograniczałoby znacząco zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co w ocenie Izby nie było celem ustawodawcy. Celem bowiem przepisu jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w postępowaniu winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów, szczególnie tych, które otrzymał od osób trzecich. Skoro wykonawca - Odwołujący samodzielnie nie jest w stanie spełnić wymagań zamawiającego, aby wziąć udział w postępowaniu i decyduje się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, to oczywistym jest, że musi zweryfikować co zostaje mu oddane do dyspozycji i czy rzeczywiście podmiot udostępniający ma prawo do przekazania określonych zasobów, a tym samym czy informacje zawarte w treści referencji są informacjami prawdziwymi.

Dalej wskazać należy, że wykazanie wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa

się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Przenosząc powyższe rozważania na analizowany stan faktyczny, to wskazać należy, że bezspornym pomiędzy stronami było to, że Odwołujący posłużył się dokumentem, który zawierał informacje niezgodne z prawdą. Okoliczność tę potwierdził sam Odwołujący w treści odwołania oraz podczas rozprawy. Przedłożona Zamawiającemu referencja z dnia 26 listopada 2014 r. od spółki UZBEKENERGO state joint company wskazuje bowiem, że określone dostawy zostały wykonane przez spółkę Holley Metering Ltd (dalej „Holley”) – tj. podmiot trzeci udostępniający Odwołującemu swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, podczas gdy dostawy te były zrealizowane przez inny podmiot tj. spółkę ELEKTRON XISOBLAGICH sp. z o.o. (dalej „Elektron”). Izba uznała, że powyższe informacje zostały przekazane Zamawiającemu w wyniku niedochowania przez Odwołującego należytej staranności w procesie weryfikacji treści spornej referencji. Co więcej Odwołujący w składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach nie wykazał podjęcia jakichkolwiek kroków mających na celu ustalenie kto był wykonawcą spornych dostaw przed złożeniem oferty.

Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego. W kontekście analizowanej sprawy ma to istotne znaczenie, gdyż spółka Holley miała udostępnić Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie, a w konsekwencji również referencje potwierdzające należyte wykonanie dostaw. Aby to uczynić w realny sposób za konieczne należałoby uznać ustalenie przed złożeniem oferty pomiędzy podmiotem udostępniającym potencjał, a jego odbiorcą jaką wiedzę i doświadczenia posiada, gdzie została ona zdobyta i w jaki sposób zostanie ona przekazana drugiej stronie. W okolicznościach niniejszej sprawy żadna z powyższych czynności nie zostały podjęte przez Odwołującego, co skutkowało m.in. podaniem przez niego nieprawdziwych informacji. Gdyby bowiem Odwołujący, działając z należyłą starannością, ustalił ze spółką Holley okoliczności dokonanej dostawy i sposób przekazania doświadczenia przed złożeniem oferty, to nie ulega wątpliwości, że uzyskałby informacje o tym, kto był rzeczywistym wykonawcą dostaw wskazanych w treści spornej referencji. Odwołujący zaś ograniczył się wyłącznie do biernego zaakceptowania dokumenty referencji, dołączenia go to treści oferty i tłumaczenia się, że działał w zaufaniu do współnika. Takiemu działaniu nie sposób przypisać

cechę należytej staranności wymaganej od profesjonalisty, jakim jest Odwołujący.

Argument podnoszony przez Odwołującego o nieznanomości przez spółkę Holley prawa polskiego i norm zwyczajowych nie może sanować nieprawidłowości w działaniu Odwołującego. Po pierwsze to obowiązkiem Odwołującego było poinformowanie swojego współnika o obowiązujących normach prawnych czy zwyczajach. Skoro Odwołujący decyduje się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, to w jego interesie, ale i w zakresie jego obowiązków leży dokładne poinformowanie podmiotu udostępniającego o zasadach obowiązujących w Polsce. Bierność zaś Odwołującego jest potwierdzeniem braku dochowania należytej staranności. To Odwołujący winien wyjaśnić podmiotowi udostępniającemu wiedzę i doświadczenia co jest konieczne do ważnego i skutecznego udostępnienia potencjału oraz co winien zawierać dokument referencji.

Dalej wskazać należy, że działanie Odwołującego w procesie weryfikacji treści referencji podjętym przez Zamawiającego jak i twierdzenia zawarte w samym odwołaniu składają w ocenie Izby do wniosku, że celem działania Odwołującego nie było wyjaśnienie treści referencji, ale tuszowanie sprawy, w celu uniknięcia negatywnych konsekwencji. W wyjaśnieniach z dnia 1 grudnia 2015 r. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wyznaczył mu zbyt krótki okres czasu na weryfikację treści referencji. Dziwić może stanowisko

Odwołującemu skoro jak sam twierdzi współpracuje ze spółką Holley od ponad dwóch lat i nie jest w stanie potwierdzić prostego faktu z podmiotem, które ma mu realnie udostępnić wiedzę i doświadczenie. Dalej w wyjaśnieniach z dnia 16 grudnia 2015 r. Odwołujący również wymijająco odpowiada na konkretne zapytania Zamawiającego, powołując się na nowe referencje. Odwołujący, w ocenie Izby, w sposób świadomy i celowy nie podejmował działań zmierzających do wyjaśnienia spornych okoliczności, dążąc do uniknięcia wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezasadny jest również argument Odwołującego o braku wykazania przez Zamawiającego wpływu złożonych nieprawdziwych informacji na wynik postępowania. Podkreślić bowiem należy, że złożenie spornej referencji dało Odwołującemu możliwość uczestnictwa w postępowaniu. Gdyby nie doszło do ustalenia, że dokument zawiera nieprawdziwe informacje, oferta Odwołującego mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza. Wpływ więc złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji jest zatem oczywisty, co potwierdził sam Odwołujący uzasadniając swój interes w rozpatrzeniu odwołania (strona 2 odwołania, ad III).

Wskazać również należy, że z uwagi na złożenie przez Odwołującego nieprawdziwych

20

informacji, Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie. Zgodnie bowiem z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaś ocenie Zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (tak m.in. wyrok KIO z 2.04.2015 r., KIO 526/15; wyrok KIO z 11.02.2015 r., KIO 177/15, wyrok KIO z 13.07.2015 r., KIO 1370/15). Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa Pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za spełnianie tych niewykazanie warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku. Interpretację taką uznać należy za niezasadną i nieodpowiadającą celowi wprowadzenia regulacji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe nie ma możliwości zastąpienia spornych referencji złożonych przez Odwołującego przez nowy dokument. Prowadziłoby to bowiem do zastąpienia dokumentu stwierdzającego nieprawdę innym dokumentem potwierdzającym te same okoliczności.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności uzasadniających przyjęcie twierdzenia, iż mimo podjętych aktów staranności, nie mógł on zidentyfikować nieprawdziwości określonych informacji. Odwołujący bowiem nie wskazał Izbie na żadne działania podjęte przed złożeniem oferty, których celem było zweryfikowanie treści referencji oraz realności i dostępności zasobów udostępnionych przez spółkę Holley.

21

Z uwagi na powyższe, brak jest podstaw do uznania, że wykluczając Odwołującego z

powodu podania nieprawdziwych informacji Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Przywołany przez Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie ma zastosowania w niniejszej sprawie. Odwołujący jako profesjonalista nie może powoływać się na to, że podmiot trzeci podał takie informacje, jakie wynikają z treści referencji. Obowiązkiem Odwołującego, który we własnym imieniu podał te informacje dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, było sprawdzenie ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Apator

Izba nie podziela poglądu Zamawiającego, iż potwierdzenie się zarzut zasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji winno skutkować brakiem merytorycznego rozpoznania zarzutów dotyczących oferty Apator. Izba ocenia bowiem przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp na dzień wniesienia odwołania. Izba uznała, że przesłanki te zostały spełnione przez Odwołującego. Odmówienie Odwołującemu rozpatrzenia zarzutów dotyczących oferty Apator zaprzeczałoby zasadzie wyrażonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp tj. badania przesłanek wynikających z przywołanej regulacji na dzień złożenia odwołania.

Zarzut dotyczący plomby na próbce (wzorcu licznika) jak niezgodny z załączonym Certyfikatem MID B

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Wykonawca Apator wykazał Izbie podczas postępowania odwoławczego, iż oferowany przez niego licznik musi być zabezpieczony minimum dwoma plombami, co nie wyklucza możliwości zastosowania dodatkowych zabezpieczeń. Wskazać należy, że wykonawca Apator zaoferował licznik 1 – fazowy typu CORAX – 1, których proces certyfikacji był przeprowadzony przez jednostkę notyfikowaną ze Słowacji tj. „Slovenska Legana Metrologia”. Zgodnie z mającą zastosowanie Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/22/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych producent powinien wskazać miejsca naniesienia oznaczeń i plomb. Wykonawca Apator przedstawił wyciąg z dokumentacji technicznej dla oferowanego licznika, przedstawiającego miejsca nanoszenia plomb hologramowych i plastikowych zaciskanych, z której wynika, że urządzenie jest zabezpieczone dwoma zaciskanymi plombami plastikowymi oraz dwoma nalepkami holograficznymi i w której wskazane jest jako

22

dopuszczalne zabezpieczenie producenta stosowanie kombinacji hologramów oraz plomb. Ponadto wykonawca Apator przedstawił pismo Slovenska Legana Metrologia z dnia 15 stycznia 2016 r. z którego w sposób jednoznaczny wynika, że urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Apator winno być zabezpieczone na wypadek nieautoryzowanej manipulacji minimum przez dwie plomby (cechy) w wyznaczonych miejscach, za pomocą plomb przewleczonych drutem, lub naklejek hologramowych. Wobec tego nie budzi wątpliwości Izby, że sposób zabezpieczenia urządzenia zaoferowanego przez wykonawcę Apator jest zgodny z certyfikatem MID B, co potwierdziła sama jednostka notyfikująca. Odwołujący zaś nie przedstawił Izbie żadnego dowodu przeciwnego, ograniczając się do teoretycznych rozważań i porównań do innych liczników, które w ocenie Izby nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia podniesionego zarzut.

Zarzut braku wymaganych załączników do certyfikatu MID B

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, że wraz z Certyfikatem EC Badań Typu S-043a MI003 winny zostać przedłożone raporty z badań liczników wykonanych przez jednostkę notyfikującą, które przywołane są w Aneksie Opisowym do powyższego certyfikatu. Stanowisko Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w brzmieniu SIWZ. Wykonawcy byli bowiem zobowiązani do złożenia kserokopii certyfikatu zgodności w wymaganiach zasadniczych (MID) wraz z załącznikami. Bezspornym pomiędzy stronami było to, że wykonawca Apator odpowiedni certyfikat zgodności złożył. Jak wynika z przedłożonego certyfikatu jedynym elementem załączonym do niego jest Aneks Opisowy, który został złożony przez wykonawcę Apator. W treści Aneksu Opisowego zamieszczony jest wykaz dokumentacji zastosowanej dla oceny (pkt 8),

jednakże dokumenty te nie stanowią załączników do certyfikatu, ale jak wskazuje jego treść są zamieszczone w odpowiednim folderze. Ani zapisy SIWZ ani przepisy prawa nie zobowiązywały wykonawcy Apator do przedłożenia wraz z ofertą całej dokumentacji zastosowanej przez procesie notyfikacji. Jedyny protokół badań jaki wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć wraz z ofertą został wskazany w pkt 3.3.1.7 SIWZ, gdzie Zamawiający wprost zażądał przedłożenia konkretnego protokołu badań. Skoro takie żądanie nie zostało wprost zamieszczone w SIWZ w zakresie dokumentacji zastosowanej do oceny urządzenia, to brak jest w ocenie Izby, podstaw do nakładania takiego obowiązku na wykonawców. Okoliczność, iż inny wykonawcy złożyli taką dokumentację czy protokoły badań jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzut, gdyż to nie czynności innych wykonawców determinują zakres obowiązków wykonawcy Apator, ale zapisy SIWZ.

Zarzut powołania niewłaściwych protokołów badań przez jednostkę notyfikującą

Odwołujący oświadczył podczas rozprawy, iż nie podtrzymuje powyższego zarzutu i cofa go. Tym samym jego rozpatrzenie merytoryczne przez Izbę uznać należy za bezprzedmiotowe.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 poprzez wezwanie wykonawcy Apator do uzupełnienia dokumentów, które nie podlegały uzupełnieniu

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby Zamawiający zasadne wezwał wykonawcę Apator do przedłożenie prawidłowego naklejki kodu na opakowaniu licznika. Odwołujący błędnie zaś utożsamiał próbkę licznika z treścią oferty Odwołującego. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż zgodnie z zapisami SIWZ, pkt 3.3 próbka licznika składana była przez wykonawców na wykazanie spełnienia wymagań stawianych przez Zamawiającego, a określonych w załączniku nr 12. Jak wskazał Zamawiający, próbka zostanie poddana badaniom technicznym w celu zweryfikowania zgodności jej parametrów z wymaganiami wskazanymi w SIWZ. W tak ukształtowanych zapisach SIWZ próbka służyła wyłącznie do potwierdzenia spełnienia określonych wymagań. Wykonawca precyzował zaś co jest przedmiotem jego oferty w treści formularza ofertowego, wskazując na konkretny typ urządzenia. Tym samym przedłożenie przez wykonawcę Apator niewłaściwej naklejki kodu na opakowaniu próbki obligowało Zamawiającego do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo wezwał wykonawcę Apator do złożenia prawidłowego oznaczenia, zaś wykonawca złożył prawidłową naklejkę. Działania Zamawiającego było zgodnie z przepisami ustawy Pzp i brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący zmiany Certyfikatu MID D przez wykonawcę Apator

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Argument Odwołującego sprowadzał się do twierdzenie, iż po terminie składania ofert nastąpiła zmiana Certyfikatu MID D, a w związku z tym złożony przez Odwołującego certyfikat jest nieaktualny, zaś Odwołujący nie może produkować i oferować do sprzedaży wskazanych w treści oferty liczników. Nie sposób zgodzić się z poglądem Odwołującego. Obowiązkiem wykonawcy było złożenie dokumentów

aktualnych na dzień składania ofert. Obowiązkiem temu wykonawca Apator zadośćuczynił przedkładając wraz z oferta kompletny Certyfikat MID – moduł B + D, aktualny na dzień składania ofert tj. 29.07.2015 r. tj. certyfikat ceny jakości moduł D – nr JN 1444-QS/1/1/2012 – wydanie nr 7 z dnia 24.07.2015 r. oraz certyfikat badania typu moduł B – SK12-043 MI – 003 rev. 1 z dnia 11.09.2015. Okoliczności tej zresztą sam Odwołujący nie kwestionował. Postulowana przez Odwołującego konieczność odrzucenia oferty wykonawcy Apator z powodu braku złożenia dokumentów, które nie były dostępne na dzień składania ofert nie można uznać za zasadną, gdyż wykonawca byłby zobowiązany do wykonania świadczenia niemożliwego do spełnienia. Po drugie, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że nowa wersja certyfikatu uniemożliwia wykonawcy Apator oferowania urządzenia wskazanego w treści oferty. Jak wskazał sam Odwołujący w treści pisma procesowego nowa wersja certyfikatu zastępuje wszystkie wcześniejsze wersje Certyfikatu w pełnym brzmieniu. Dalej sam Odwołujący stwierdza, że jednostka notyfikowana w każdym kolejnym wydaniu

certyfikatu MID D powtarza wszystkie certyfikaty badania typu zarówno te produkowane dotychczas jak również te nowe i zmienione. Tym samym w ocenie Izby sam Odwołujący przyznał, że w zakresie Certyfikatu MID D jego nowa wersja obejmuje wszystkie dotychczasowe wersje produktu i jest to tylko nowa wersja dokumentu uwzględniająca nowe wersje urządzenia. Podobnie zmiana Certyfikatu MID B jest wyłącznie zastąpieniem jednego dokumentu jego nowszą wersją, obejmującą zarówno dotychczasowe urządzenia jak i nowo certyfikowane. Potwierdzeniem stanowiska Odwołującego nie może być pismo z dnia 8 stycznia 2016 r Okręgowego Urzędu Miar w Katowicach. Dokument ten w ocenie Izby potwierdza stanowisko wykonawcy Apator. Podkreślić również należy, że na dzień składania ofert wykonawca Apator przedłożył wymagane dokumenty i brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty. Okoliczność, iż w momencie realizacji zamówienia obowiązywać będą nowsze wersje certyfikatu jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia podniesionego zarzut. Niezależnie bowiem od spełnienia wymaganych przez Zamawiającego warunków co do przedmiotu zamówienia na dzień składania ofert, wykonawca Apator na etapie realizacji umowy będzie zobowiązany wykazać Zamawiającemu, iż zaoferowane urządzenie ma niezbędną certyfikację.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

25

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

26