

Sygn. akt: KIO 1645/16

WYROK
z dnia 23 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016 r. przez Transition Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Centrala Spółki PGE GiEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Transition Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Transition Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Transition Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Centrala Spółki PGE GiEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Sygn. akt: KIO 1645/16

U ZASAD N I E N I E

Zamawiający, Centrala Spółki PGE GiEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie, prowadzi 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 dostawę i wdrożenie Systemu Monitorowania Produkcji w PGE GiEK S.A.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 3 października 2015 r. w Dz. Urz. UE Nr 2015/S 192- 348814

W dniu 25 sierpnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W dniu 5 września 2016 r. Transition Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniosła odwołanie względem ww. czynności Zamawiającego, a konkretnie względem:

- a. wadliwej ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dalej „Wniosek”), w tym zaniechania wykluczenia Merrid Controls Sp. z o.o. (dalej: „Merrid”) ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
- b. z ostrożności - przyznania Merrid Controls Sp. z o.o. (dalej: „Merrid”) większej ilości punktów w rankingu Wykonawców na podstawie punktów przyznanych za spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Według Odwołującego, powyższe miało stanowić naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 57 ust.2 i 3 Ustawy w zw. z art. 24 ust.2 pkt 3 Ustawy (w brzmieniu obowiązującym do przedmiotowego postępowania) poprzez nieprawidłową

ocenę wniosku złożonego przez Merrid, podczas gdy Merrid w pkt.3 Wykazu podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, w związku czym Merrid podlega wykluczeniu z udziału ww. Postępowaniu,

2

- z ostrożności - art. 57 ust. 2 i 3 Ustawy (w brzmieniu obowiązującym do przedmiotowego postępowania), poprzez nieprawidłową ocenę wniosku Merrid - uznanie przedstawionego przez Merrid w Wykazie zamówienia „Migracja systemu scada na 13 terminalach paliw PKN Orlen S.A.” za spełniającego warunek w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia postawiony przez Zamawiającego w treści pkt. 1.2, sekcja 111.2.1) Ogłoszenia, co skutkowało nieprawidłowym przyznaniem Wnioskowi Merrid ilości punktów 6,46 i sklasyfikowaniem Merrid na 8 miejscu rankingu, przed Odwołującym;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia ponownej czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wykluczenia Merrid z Postępowania ze względu na to, iż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania; alternatywnie:
- dokonania ponownej czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i zakwalifikowaniu Odwołującego na pozycji rankingowej, która wiąże się z wystosowaniem przez Zamawiającego zaproszenia do złożenia oferty wstępnej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

1. PODANIE PRZEZ MERRID W PKT. 3 WYKAZU ZAŁĄCZONEGO DO WNIOSKU NIEPRAWDZIWYCH INFORMACJI MAJĄCYCH WPŁYW NA WYNIK POSTĘPOWANIA.

1.1. Zamawiający w treści pkt.1.2 sekcja III.2.1 treści Ogłoszenia wskazał wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia tj. Wykonawca powinien był wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jeden projekt wdrożenia systemu odpowiadającego swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, obejmującego akwizycję danych w czasie rzeczywistym, archiwizację, udostępnianie i analizę parametrów procesów technologicznych/produkcyjnych, który spełnia poniższe wymagania:

a) zakres wdrożenia minimum 150 000 zmiennych procesowych,

3

b) wartość kontraktu z wykluczeniem dostaw licencji na oprogramowanie i sprzęt o wartości minimum 500 000 PLN netto,

c) został zrealizowany dla klientów będących przedsiębiorstwem energetycznym (rozumianym zgodnie z Ustawą z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne).

1.2. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania w pozycji numer 3 „Wykazu wykonanych projektów” Wykonawca Merrid wykazał projekt „Migracja systemu „SCADA” na 13 terminalach paliw PKN Orlen S.A.”

1.3. Odwołujący stwierdza, że wskazany powyżej projekt nie spełnia wymagań zacytowanych na wstępie, ponieważ nie obejmuje on wdrożenia jednego systemu, spełniającego wszystkie wymagania (w szczególności co do liczby zmiennych procesowych i wymaganej wartości), lecz stanowi 13 niezależnych wdrożeń. Wynika to w szczególności ze specyfiki oprogramowania SCADA, które nie jest wdrażane w wielu lokalizacjach jako system centralny, lecz właśnie jako niezależne instancje oprogramowania. Oprogramowanie to funkcjonuje w danej lokalizacji całkowicie niezależnie. Oznacza to więc, że Wykonawca Merrid nie wykazał spełnienia warunku w postaci wdrożenia jednego systemu o określonych parametrach, a jedynie wykazał wdrożenie wielu systemów, o jednostkowych wartościach i parametrach znacząco niższych, niż wymagane przez Zamawiającego. Jest oczywiste, że

jest to wprost sprzeczne z istotą warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia - inne jest bowiem doświadczenie podmiotu, który zrealizował duże wdrożenie jednego złożonego rozwiązania informatycznego, a inne jest doświadczenie wykonawcy, który realizuje drobne wdrożenia w pojedynczych lokalizacjach.

1.4. Powyższe było przedmiotem wątpliwości Zamawiającego w toku dotychczasowego wyjaśnień ze strony Merrid. Zamawiający wszczął procedurę postępowania oraz wyjaśniającą pismem z dnia 22 kwietnia 2016 r., wzywając do wyjaśnienia „czy wykazany projekt był wdrożeniem pojedynczego, zintegrowanego systemu SCADA o komponentach rozproszonych w trzynastu lokalizacjach, czy też projekt był wdrożeniem 13 niezależnych instancji systemu SCADA.”

1.5. W odpowiedzi na zadane pytanie Merrid wyjaśnił, iż przedmiotowe zadanie polegało na wdrożeniu (migracji) w trzynastu rozproszonych lokalizacjach systemów SCADA, dla potrzeb akwizycji danych rozliczeniowych do jednego systemu centralnego SAMER®Net.

1.6. Zamawiający uznał wyjaśnienia Wykonawcy Merrid za wystarczające i dnia 6 maja 2016 r. poinformował o dokonaniu oceny wniosków, w której sklasyfikował Wykonawcę Merrid na pozycji 8, uwzględniając wykazane przez Merrid zamówienie za spełniające wymagania.

1.7. Czynność ta została zakwestionowana przez Odwołującego, który dnia 16 maja 2016 r. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący stwierdził w szczególności, że

4

w jego ocenie odpowiedź Merrid z dnia 29 kwietnia 2016 r. potwierdzała jedynie, iż wykonawca Merrid wdrożył w 13 rozproszonych lokalizacjach 13 niezależnych, lokalnych systemów SCADA, które realizują archiwizację i przetwarzanie danych i zmiennych z pojedynczego terminala. Odwołujący wskazał ponadto, że brak jest we wniosku jakichkolwiek informacji o centralnym systemie SAMER®Net, na który powołuje się Odwołujący w wyjaśnieniach.

1.8. W ramach gromadzenia materiału dowodowego, Odwołujący pozyskał w szczególności pismo PKN Orlen z dnia 23 maja 2016 r., z którego wprost i jednoznacznie wynika, że projekt migracji systemu SCADA obejmował 13 niezależnych wdrożeń i że „w ramach tych prac nie wykonano pojedynczego zintegrowanego systemu SCADA” (załączone do niniejszego odwołania).

1.9. W efekcie Zamawiający zdecydował się na uwzględnienie odwołania i zapowiedział dokonanie ponownej oceny wniosków. W toku ponownej oceny, Zamawiający zwrócił się do Merrid oraz do PKN Orlen z wnioskami o przedstawienie informacji umożliwiających ustalenie, czy przedmiotowy projekt migracji systemu SCADA wykazany przez Merrid spełnia postawione wymagania. Pisma Zamawiającego załączone są do niniejszego odwołania.

1.10. Zamawiający uzyskał odpowiedź PKN Orlen (pismo z dnia 25 lipca 2016 r. -

załączone do niniejszego odwołania), z której nie wynikają żadne nowe informacje, w szczególności PKN Orlen stwierdza, że nie jest podmiotem zobowiązany do udzielania informacji Zamawiającemu - i do tego w istocie sprowadza się stanowisko PKN Orlen.

1.11. Wykonawca Merrid wyjaśnił natomiast, iż wykonał na rzecz PKN Orlen „system rozproszony, składający się z 13 lokalnych systemów [...] i jednego centralnego systemu”. Jakkolwiek nie wynika to wprost z odpowiedzi Merrid, można zakładać, że wspomnianym w wyjaśnieniach „centralnym systemem” jest system „SAMER®Net”, który był przywoływany we wcześniejszych wyjaśnieniach.

1.12. Odwołujący stwierdza, że wyjaśnienia Merrid potwierdzają, że zamówienie wskazane w pozycji 3 wniosku, to jest „Migracja systemu „SCADA” na 13 terminalach paliw PKN Orlen S.A.”, nie spełnia wymagań Zamawiającego. Dokonana przez Zamawiającego powtórna ocena wniosków jest więc wadliwa w zakresie oceny wniosku Merrid.

1.13. Należy podkreślić, że we wniosku Merrid, jako jeden wdrożony system informatyczny, spełniający postawione przez Zamawiającego wymagania, został wskazany wyłącznie system SCADA. Merrid nie wspomina tam o żadnym „systemie rozproszonym”, na który miało się składać zarówno 13 systemów SCADA, jak i inne oprogramowanie. Oznacza to, że na obecnym etapie postępowania, Wykonawca Merrid powołuje się na inny system informatyczny, niż opisany we wniosku, w szczególności nie ma we wniosku żadnej wzmianki o oprogramowaniu SAMER® Net. W związku z treścią wyjaśnień Merrid oraz pisma PKN

5

Orlen z dnia 23 maja 2016 r., należy też założyć, że wdrożenie „centralnego systemu”, czyli oprogramowania SAMER® Net, było realizowane w oparciu o odrębną umowę, oraz że oprogramowanie to samodzielnie nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego. Już tylko z tego powodu wyjaśnienia Merrid nie powinny zostać przez Zamawiającego uwzględnione. Potwierdzają one bowiem, że informacje dotyczące systemu SCADA przedstawione we wniosku nie były prawdziwe, ponieważ nie jest sporne, że samo oprogramowanie SCADA z pewnością nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego (potwierdza to w szczególności punkt 1 pisma Merrid z dnia 29 czerwca 2016 r.).

1.14. Wykonawca Merrid usiłuje zreinterpretować treść postawionego przez Zamawiającego warunku, stwierdzając, że wymagane funkcjonalności systemu, czyli akwizycja danych w czasie rzeczywistym, archiwizacja, udostępnianie i analiza parametrów procesów technologicznych/produkcyjnych, nie musiały być realizowane w jednej centralnej bazie, więc dopuszczalna jest realizacja ich na serwerach lokalnych systemów. Trzeba jednak przypomnieć, że treść warunku Zamawiającego mówi jasno o jednym projekcie wdrożenia systemu, który jako całość posiada określone parametry, nie tylko funkcjonalne, ale też definiujące jego skalę. Parametrami tymi były:

- a) zakres wdrożenia minimum 150 000 zmiennych procesowych,
- b) wartość kontraktu z wykluczeniem dostaw licencji na oprogramowanie i sprzęt o wartości minimum 500 000 PLN netto,

Oznacza to, że w ramach pojedynczego wdrożenia, realizowanego w oparciu o jedną umowę konieczne było wykonanie jednego systemu spełniającego wymagania nie tylko w zakresie wymaganych funkcjonalności, ale też w zakresie zmiennych procesowych oraz określonej wartości. Wyjaśnienia Merrid całkowicie pomijają ten aspekt, co w ocenie Odwołującego jest oczywistą konsekwencją faktu, iż Merrid dysponuje doświadczeniem polegającym na realizacji kilkunastu wdrożeń niewielkich systemów informatycznych, a nie na realizacji jednego dużego systemu spełniającego łącznie postawione warunki. Tak więc nawet przy założeniu, że możliwe byłoby rozszerzenie wniosku o dodatkowe zamówienie na wdrożenie oprogramowania SAMER®Net/ to przedmiotowe wyjaśnienia Merrid nadal nie potwierdzają spełnienia postawionych przez Zamawiającego wymagań. Z wyjaśnień tych wynika jedynie, że poza systemami SCADA Wykonawca Merrid dostarczył jeszcze inne oprogramowanie, które umożliwia przetwarzanie danych z systemów SCADA. Nie zmienia to jednak faktu, iż przedmiotem umów realizowanych na rzecz PKN Orlen było 13 niezależnych wdrożeń systemów SCADA, oraz kolejne, 14-te wdrożenie systemu SAMER® Net. Żadne z wdrożeń samodzielnie nie spełnia więc postawionych przez Zamawiającego wymagań dla wdrożenia jednego systemu informatycznego o określonych cechach.

Reasumując - złożone przez Merrid wyjaśnienia nie tylko nie rozwiąły dotychczasowych wątpliwości (w szczególności potwierdzonych pismem PKN Orlen z 23 maja 2016 r.), ale wręcz potwierdziły, że informacje zawarte w pozycji 3 wniosku Merrid nie są prawdziwe, czyli nie jest prawdą, że Merrid wdrożył jeden system SCADA spełniający postawione wymagania. Nie ulega też wątpliwości, że informacje te mają wprost wpływ na wynik postępowania, ponieważ mają na celu podniesienie punktacji wniosku i zakwalifikowanie do dalszego postępowania wykonawcy, który w istocie nie wykazał przesłanek takiej kwalifikacji. W związku z powyższym, Zamawiający powinien był wykluczyć tego Wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w brzmieniu obowiązującym w przedmiotowym stanie faktycznym.

2. NIEPRAWIDŁOWA OCENA WNIOSKU MERRID W ZAKRESIE ZAMÓWIENIA WSKAZANEGO W PKT. 3 WYKAZU

- 2.1. Jak już zostało wskazane, w opinii Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw, by uznać, że sporne zamówienie spełnia postawione przez Zamawiającego warunki. W konsekwencji, nawet, jeżeli Wykonawca Merrid nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, to Zamawiający nie powinien był zakwalifikować wdrożeń wskazanych w poz. 3 wniosku Merrid w toku oceny wniosków, jako zamówienia punktowanego.
- 2.2. Odwołujący podkreśla też, że składając przedmiotowe wyjaśnienia Wykonawca Merrid rozszerza treść wykazu o dodatkowe oprogramowanie („system centralny” SAMER®Net), nie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz w celu uzyskania określonej punktacji umożliwiającej zaproszenie do składania ofert

wstępnych. O ile można by rozważać dopuszczalność uzupełnienia wniosku w sytuacji, w której byłoby to konieczne w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (co w przedmiotowej sytuacji nie miało miejsca, ponieważ Zamawiający nie sformułował wezwania do uzupełnienia), o tyle uzupełnienie takie nie jest dopuszczalne w celu polepszenia pozycji rankingowej Wykonawcy. Ewentualne wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia wniosku nie jest więc możliwe. Gdyby przyjąć inną wykładnię, dopuszczającą takie uzupełnienie, to postępowanie o zamówienie publiczne nigdy nie mogłoby się zakończyć, bowiem Zamawiający musiałby w nieskończoność zzywać wykonawców do uzupełnienia wniosków o informacje, które mogłyby ewentualnie polepszyć ich pozycję w rankingu wniosków. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp pozwala jedynie na uzupełnienie takich oświadczeń i dokumentów, które służą do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie takich, których celem jest uzyskanie wyższego miejsca w rankingu wykonawców.

2.3. Podsumowując - ponieważ zamówienia wskazane w poz. 3 wniosku Merrid nie stanowią wdrożenia jednego systemu spełniającego wymagania Zamawiającego, nie mogą

7

być wzięte pod uwagę przy punktacji wniosków. Równocześnie brak ten nie jest możliwy do uzupełnienia w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli więc nawet nie byłoby uzasadnionym wykluczenie Wykonawcy Merrid z postępowania, to z pewnością Wykonawca ten nie powinien uzyskać punktów za zamówienia wykazane w poz. 3 wykazu.

[...]"

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.

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.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru

8

dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast według art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

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 jakiegokolwiek 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

9

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 orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie oraz z 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.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanego przypadku stwierdzić należało, iż Odwołujący nie udowodnił, że Merrid podał nieprawdziwe na informacje temat wykazywanego wdrożenia projektowego, tj. nie udowodnił jaki był rzeczywistość charakter i zakres tego projektu, w sposób który pozwalałby stwierdzić, iż nie może on materialnie odpowiadać warunkowi udziału w postępowaniu opisanemu w ogłoszeniu o zamówieniu.

Izba uwzględniła w tym zakresie i oceniła wszystkie dowody powoływane przez strony. Na ich podstawie nie sposób stwierdzić,

że fałszywe są oświadczenia wykonawcy Merrid składane w wykazie usług załączonym do wniosku, jak też w późniejszych wyjaśnieniach, na temat charakteru i rodzaju wdrożenia projektowego jako odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego sformułowanym w pkt 1.2 sekcja III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu (cytowane powyżej).

Z pisma PKN Orlen z 23 maja 2016 r. skierowanego do Odwołującego zestawionego z pytaniem Odwołującego wynika jedynie, że przedmiotowy projekt nie polegał na wykonaniu i instalacji jednego systemu SCADA, ale 13 odrębnych oprogramowani tego rodzaju na

poszczególnych stacjach.

Jednakże wykonawca Merrid opisując wykazywane przez siebie wdrożenie wcale powyższego nie twierdził, a sam tytuł zadania podany we wniosku nie przesądza niczego o jego kształcie i zakresie.

10

Odwołujący nie wykazał natomiast, iż projekt informatyczny polegający na instalacji rozproszonych oprogramowań SCADA i ich integracji z centralnym oprogramowaniem SAMERNet, nie jest lub nie może być wdrożeniem/systemem posiadającym cechy wymagane w pkt 1.2 sekcja III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu. W szczególności nie wykazał jakie są w rzeczywistości funkcje centralnych komponentów systemu oraz że nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Nie udowodnił również, iż oprogramowanie SAMERNet zostało wykonane w ramach odrębnej umowy.

To nie tylko Zamawiający spekulował na temat rzeczywistego kształtu systemu zrealizowanego w PKN ORLEN przez Merrid i wskazanego we wniosku tego wykonawcy, ale czyni to przede wszystkim Odwołujący (poza wykazaniem rozproszeniem oprogramowania SCADA). Przy czym to na Odwołującym spoczywał w tym przypadku ciężar dowodu w przedmiocie wykazania okoliczności świadczących o podaniu nieprawdziwych informacji we wniosku wykonawcy Merrid, który w aspekcie formalnym wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sposób dokładnie wymagany przez Zamawiającego, a więc za pomocą stosownych oświadczeń (wykazy i informacje załączane do wniosku są de facto oświadczeniami wykonawców). Natomiast przy tej konstrukcji zarzutów, materialną nieprawdziwość tego rodzaju oświadczeń winien ponad wszelką wątpliwość wykazać Odwołujący. Należy jeszcze raz podkreślić, że dowodem okoliczności tego typu nie mogą być spekulacje, domysły i interpretacje oświadczeń wykonawcy.

Pozostałe zarzuty naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu są w tym przypadku wtórne do zarzutów opisanych powyżej.

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).

.....

11