

WYROK
z dnia 11 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grawil Sp. z o.o. we Włocławku, Planeta Sp. z o.o. w Warszawie, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DROGPOL Sp. z o.o. w Poraju, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Poznaniu,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „P&M” Marcin Kołodziej, Paweł Potwora s.c. w Niebylcu, PDEM Sp. z o.o. w Niebylcu, PDEM.PL Sp. z o.o. w Niebylcu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Poznaniu – powtórzenie czynności oceny ofert w części I postępowania o udzielenie zamówienia na oznakowanie poziome dróg krajowych województwa wielkopolskiego, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „P&M” Marcin Kołodziej, Paweł Potwora s.c. w Niebylcu, PDEM Sp. z o.o. w Niebylcu, PDEM.PL Sp. z o.o. w Niebylcu z postępowania o udzielenie zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „P&M” Marcin

Kołodziej, Paweł Potwora s.c. w Niebylcu, PDEM Sp. z o.o. w Niebylcu, PDEM.PL Sp. z o.o. w Niebylcu i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grawil Sp. z o.o. we Włocławku, Planeta Sp. z o.o. w Warszawie, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DROGPOL Sp. z o.o. w Poraju tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „P&M” Marcin Kołodziej, Paweł Potwora s.c. w Niebylcu, PDEM Sp. z o.o. w Niebylcu, PDEM.PL Sp. z o.o. w Niebylcu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grawil Sp. z o.o. we Włocławku, Planeta Sp. z o.o. w Warszawie, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DROGPOL Sp. z o.o. w Poraju kwotę 23 600 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Poznaniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na oznakowanie poziome dróg krajowych województwa wielkopolskiego (z podziałem na 4 części).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 17.02.2012 r. w Dz. U. UE pod nr 2012/S 33-053147.

W dniu 18 kwietnia 2012 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o tym, iż w części I zamówienia za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „P&M” Marcin Kołodziej, Paweł Potwora s.c. w Niebylcu, PDEM Sp. z o.o. w Niebylcu, PDEM.PL Sp. z o.o. w Niebylcu (zwanych dalej „Konsorcjum P&M”).

W dniu 27 kwietnia 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grawil Sp. z o.o. we Włocławku, Planeta Sp. z o.o. w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DROGPOL Sp. z o.o. w Poraju (zwani dalej „Konsorcjum Grawil”) wnieśli odwołanie względem wyniku postępowania w części I zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust 1 Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania w całości i o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla części I,
- powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu dla części I i wykluczenie Konsorcjum P&M,
- uznanie oferty Konsorcjum P&M za odrzuconą,
- dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosnie powyższych zarzutów i żądań odwołujący wskazał, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnośnie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, zamawiający wskazał, iż wykonawcy składający ofertę na jedną część zamówienia zobowiązani są wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali (zakończyli) na drogach klasy min. G, w ramach jednego lub kilku zadań, oznakowanie poziome o łącznej powierzchni malowania wynoszącej:

- dla technologii cienkowarstwowej nie mniej niż 150 000 m²,
- dla technologii grubowarstwowej nie mniej niż 10 000 m².

Konsorcjum P&M złożyło ofertę tylko na części I zamówienia, stąd też zobowiązane było potwierdzić spełnienie warunku w zakresie doświadczenia na powyższym poziomie.

Dla potwierdzenia spełnienia tego warunku, w swojej ofercie ww. wykonawca, w tabeli na formularzu 3.3 – wykazał 7 zadań (robót). Przy czym dla każdego z nich w informacjach mających potwierdzić spełnienie warunków (kol. 3) podany został tylko rodzaj wykonanego oznakowania w ramach danego zadania i jego powierzchnia - bez informacji na temat klasy drogi.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.04.2012r. błędnie oparte o art. 87 ust. 1 Pzp (winien być art. 26 ust. 4 ustawy) do złożenia wyjaśnień w zakresie klasy dróg, Konsorcjum P&M pismem z dnia 17.04.2012 r. podało, ile oznakowania poziomego zostało wykonane na drogach klasy min. G i przesłało uzupełniony o te informacje formularz 3.3 (w załączeniu). Zgodnie z uzupełnionym formularzem Konsorcjum P&M wykazało łącznie wykonanie 158.541 m oznakowania poziomego cienkowarstwowego.

Na podstawie tych informacji zamawiający uznał, że Konsorcjum P&M spełnia warunek w zakresie doświadczenia. Tymczasem zdaniem odwołującego Konsorcjum P&M celowo podało nieprawdziwe informacje, aby nie zostać wykluczonym z postępowania i uzyskać zamówienie.

I tak w przypadku zadania realizowanego na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Nowym Sączu w okresie 04.2010 - 09.2010 konsorcjum „P&M” podało w wykazie na formularzu 3.3 informację, że zadanie to obejmowało wykonanie oznakowania cienkowarstwowego w ilości 16.373,30 m na drogach klasy G. Informacja ta jest nieprawdziwa, ponieważ z pisma MZD w Nowym Sączu skierowanego do jednego z odwołujących się wykonawców (pismo w załączeniu) wynika, iż powierzchnia oznakowania poziomego na drogach klasy G wykonana w 2010 roku wyniosła tylko ok. 5.500 m², stąd też ilość 16.373,30 m² jest ilością nieprawdziwą.

Podobna sytuacja wystąpiła w przypadku zadania realizowanego w okresie 06.2011-07.2011 na rzecz Powiatowego Zarządu Dróg w Nowym Targu. Według informacji podanej przez

Konsorcjum P&M w wykazie na formularzu 3.3 zadanie to obejmowało wykonanie oznakowania cienkowarstwowego w ilości 9.617,00 m na drogach klasy G.

W rzeczywistości, jak wynika z pisma PZD w Nowym Targu (w załączeniu) ilość ta jest nieprawdziwa, gdyż w 2011 roku firma P&M wykonała w ramach tego zadania na drogach klasy G tylko 2.312,82 m oznakowania poziomego.

Tym samym, w ocenie odwołującego, Konsorcjum P&M złożyło nieprawdziwe informacje i informacje te miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ na ich podstawie zamawiający uznał, że wykonawca spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W takiej sytuacji, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest wykluczyć takiego Wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia, a niezastosowanie się do tego przepisu stanowi jego naruszenie.

Ponadto, nawet pomijając kwestie złożenia nieprawdziwych informacji, łączna ilość oznakowania cienkowarstwowego wykonanego w rzeczywistości na drogach klasy min. G przez Konsorcjum P&M wynosi - 140.365,08 m² (40.399,03 m² + 17.429,02 m² + 5.500 m² + 16.837,40 m² + 16.751,90 m² + 2.312,82 m² + 41.134,91 m²) i nie przekracza 150.000 m² - co oznacza, że Konsorcjum P&M nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i winno być ono wykluczone również z tego względu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 9 maja 2012 r. zamawiający uwzględnił odwołanie Konsorcjum Grawil, co podtrzymał na posiedzeniu Izby w 10 maja 2012 r.

Na ww. posiedzeniu, przystępujące do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Konsorcjum P&M, wniosło sprzeciw względem uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, a także stanowiska, oświadczenia i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego na rozprawie i w pismach procesowych, Izba ustaliła, co następuje.

W ramach warunków udziału w postępowaniu, w pkt 8.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „siwz”), Tom I – Instrukcja dla Wykonawców (karta 17 dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego) wymagano, aby w przypadku składania oferty na jedną część zamówienia, wykonawcy wykazali się następującym doświadczeniem: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali (zakończyli) na drogach klasy min. G, w ramach jednego lub kilku zadań, oznakowanie poziome o łącznej powierzchni malowania wynoszącej:

- dla technologii cienkowarstwowej nie mniej niż 150 000 m²,
- dla technologii grubowarstwowej nie mniej niż 10 000 m².

Zgodnie z pkt 9.2.3. siwz (karta 18 dokumentacji postępowania) zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wykazu robót według wzoru formularza 3.3 (załącznik do siwz), wraz z podaniem w nim informacji potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa w pkt 8.2.3 siwz.

Wraz ze swoją ofertą Konsorcjum P&M przedłożyło wykaz robót na formularzu nr 3.3., zatytułowanym „Doświadczenie zawodowe” (str. 55 oferty, karta 161 dokumentacji

postępowania), gdzie:

- w poz. trzeciej tabeli wskazano robotę na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Nowym Sączu, wykonaną w okresie 04.2010 - 09.2010. W ramach informacji potwierdzających spełnianie warunku określonego w pkt 8.2.3. siwz, odnośnie tej realizacji, podano: „Oznakowania poziomego ulic miasta Nowego Sącza w 2010 r. dla technologii cienkowarstwowej w ilości 19 189,08 m² oraz dla technologii grubowarstwowej w ilości 1 087,79 m² (drogi krajowe, wojewódzkie i powiatowe);
- w poz. szóstej tabeli wskazano robotę na rzecz Powiatowego Zarządu Dróg w Nowym Targu, wykonaną w okresie 06.2011 - 07.2011. W ramach informacji potwierdzających spełnianie warunku określonego w pkt 8.2.3. siwz, odnośnie tej realizacji, podano: „Wykonanie i odnowienie oznakowania poziomego w ciągach dróg powiatowych dla technologii cienkowarstwowej w ilości 9 617,00 m² (drogi powiatowe)”.

Do oferty Konsorcjum P&M załączono referencje Miejskiego Zarządu Dróg w Nowym Sączu z dnia 13.03.2012 r. (str. 59 oferty, karta 165 dokumentacji postępowania) oraz referencje Powiatowego Zarządu Dróg w Nowym Targu z dnia 02.09.2011 r. (str. 62 oferty, karta 168 dokumentacji postępowania), w których treści podano dane takie jak w formularzu 3.3.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2012 r. (karta 108 dokumentacji postępowania) zamawiający wezwał Konsorcjum P&M w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego (formularza 3.3.), żądając potwierdzenia, że wykonane prace zostały, tak jak wymagano w pkt 8.2.3 siwz, na drogach klasy G.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2012 r. (przedstawione przez zamawiającego na rozprawie – kopia w aktach sprawy) Konsorcjum P&M odnośnie ww. robót wyjaśniło, iż:

- w ramach robót w Nowym Sączu – oznakowania w technologii cienkowarstwowej na drogach klasy G wykonano w ilości 16 373,30 m²
- w ramach robót w Nowym Targu - oznakowania w technologii cienkowarstwowej na drogach klasy G wykonano w ilości 9 617,00 m².

Do pisma załączono zmieniony załącznik 3.3 do oferty, w którym podano powyższe dane – odpowiednio dla poszczególnych pozycji:

- „Oznakowania poziomego ulic miasta Nowego Sącza w 2010 r. dla technologii cienkowarstwowej w ilości 19 189,08 m² (drogi krajowe, wojewódzkie i powiatowe, w tym drogi klasy G w ilości 16 373,30 m²) oraz dla technologii grubowarstwowej w ilości 1 087,79 m² (drogi krajowe, wojewódzkie i powiatowe)”;
- „Wykonanie i odnowienie oznakowania poziomego w ciągach dróg powiatowych dla technologii cienkowarstwowej w ilości 9 617,00 m² (drogi powiatowe, w tym drogi klasy G w ilości 9 617,00 m²)”.

Ponadto Izba uwzględniła i oceniła następujące dowody złożone przez uczestników postępowania odwoławczego:

- Załączone do odwołania pismo DROGPOL SP. z o.o. w Poraju z dnia 23.04.2012 r. skierowane do Miejskiego Zarządu Dróg w Nowym Sączu, w którym zwrócono się z prośbą o udzielenie informacji w przedmiocie umowy, której wykonania dotyczyły referencje z dnia 13.03.2012 r. – czy w całym podanym tam zakresie robót wykonywane było oznakowanie poziome na drogach klasy G czy również na innych kategoriach dróg oraz podanie dokładnej lub przybliżonej ilości wykonanego oznakowania poziomego przez PPHU „P&M” Marcin Kołodziej, Paweł Potwora s.c. na drogach klasy G.
- Załączoną do odwołania, odpowiedź Miejskiego Zarządu Dróg w Nowym Sączu z dnia 26.04.2012 r. skierowaną do DROGPOL, podpisaną przez Dyrektora MZD, w której poinformowano, iż podana w referencjach ilość oznakowania dotyczy wszystkich kategorii i klas dróg na terenie Nowego Sącza, natomiast ilość oznakowania poziomego wykonanego przez PPHU „P&M” Marcin Kołodziej, Paweł Potwora s.c. na drogach klasy G i wyższych w roku 2010 na terenie miasta Nowego Sącza wynosi około 5.500 m².
- Załączone do odwołania pismo DROGPOL SP. z o.o. w Poraju z dnia 23.04.2012 r. skierowane do Powiatowego Zarządu Dróg w Nowym Targu, w którym zwrócono się

z prośbą o udzielenie informacji w przedmiocie umowy, której wykonania dotyczyły

referencje z dnia 02.09.2011 r. – czy w całym podanym tam zakresie robót wykonywane było oznakowanie poziome na drogach klasy G czy również na innych kategoriach dróg oraz podanie dokładnej lub przybliżonej ilości wykonanego oznakowania poziomego przez PPHU „P&M” Marcin Kołodziej, Paweł Potwora s.c. na drogach klasy G.

- Załączoną do odwołania, odpowiedź Powiatowego Zarządu Dróg w Nowym Targu z dnia 25.04.2012 r. skierowaną do DROGPOL, podpisaną przez Dyrektora PZD, w której poinformowano, iż w ramach odnośnej umowy, PPHU „P&M” Marcin Kołodziej, Paweł Potwora s.c. wykonała łącznie 9617 m² oznakowania poziomego na drogach powiatowych, natomiast wykonanie oznakowania poziomego na drogach klasy G nie przekroczyło 2312,82 m².
- Załączony do przystąpienia Konsorcjum P&M dokument, opatrzone oznaczeniami: Zest ZBIORCZE, Obmiar robót, „Oznakowanie poziome ulic miasta Nowego Sącza w 2010 r.”; gdzie w kolejnych wierszach pierwszej kolumny tabeli wpisano: „krajowe”, „powiatowe”, „gminne”; a w kolumnie drugiej, oznaczonej jako „cienko”, w kolejnych wierszach, odpowiednio do wierszy kolumny pierwszej, podano: 9 040.59, 6 906.69, 3241.80.
Powyższe zestawienie podpisali: p. Maciej Sajdak – specjalista ds. oznakowania poziomego i pionowego oraz p. Jacek Paluch – inż., uprawniony do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej (oznaczenia z pieczętek imiennych, którymi się posługiwali). Ponadto dokument opatrzone pieczętką firmową Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowe „P&M” Marcin Kołodziej, Paweł Potwora s.c. w Niebylcu.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

W związku ze sprzeciwem przystępującego, Konsorcjum P&M, wniesionym względem uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, na podstawie art. 186 ust. 4 Pzp Izba przyjęła odwołanie do rozpoznania.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się 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 dalszej kolejności, podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia, należy wskazać, iż według art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Natomiast zgodnie z pkt 4 tego przepisu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż 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 dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Interpretując wskazane wyżej przesłanki wykluczenia wykonawcy, należy podkreślić ich odrębny charakter. W przypadku art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przepis wymaga materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe. Natomiast przesłanka opisana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ma bardziej formalny charakter – dla wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu nie jest konieczne ustalenie czy wykonawca materialnie warunki udziału w postępowaniu spełnia, ale ustalenie i stwierdzenie czy powyższe wykazał na stosownym etapie postępowania o udzielenie

zamówienia, w sposób przez zamawiającego wymagany. Przepis znajdzie więc zastosowanie w stosunku do wykonawcy, który warunki udziału w postępowaniu w rzeczywistości spełnia, ale nie przedstawił stosownych informacji (dokumentów, dowodów, oświadczeń...etc.) wystarczająco potwierdzających taką okoliczność.

Jak wynika z treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności:

- wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje,
- podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością (innymi słowy – obiektywnie nieprawdziwe). Przy czym w treści powoływanego przepisu, ani normach ogólnych ustawy, nie ma żadnych odesłań, które uzależniałyby zastosowanie art. 24 ust. 2

pkt 3 Pzp od stopnia świadomości wykonawcy, co do prawdziwości informacji, którymi się w postępowaniu o udzielenie zamówienia posługuje, lub które warunkowałyby wykluczenie wykonawcy od stopnia jego zawinienia przy braku ustalenia ich nieprawdziwości. Jakkolwiek w niektórych przypadkach regulacja tego typu może posłużyć eliminacji z postępowania wykonawców, którzy posługiwali się nieprawdziwymi informacjami nie ze swojej winy (w jakiegokolwiek postaci), to jednak abolicji w zastosowaniu ww. przepisu z tego względu, z jego treści wyinterpretować się nie da. Dla zastosowania ww. przepisu koniecznym pozostaje przesądzenie prawdziwości informacji podawanych przez wykonawcę, a nie ustalanie powodów, dla których nimi się posłużył lub innych okoliczności, które byłyby istotne na przykład dla stwierdzenia odpowiedzialności karnej lub deliktowej, a w reżimie przesłanek wykluczenia z postępowania opisanych w ustawie, nie mają znaczenia.

Złagodzenie konsekwencji tak sformułowanej, jasnej regulacji ustawowej winno więc być wnioskiem *de lege ferenda*, a nie *de lege lata*.

Natomiast odnosząc się do przesłanki wpływu podanych informacji na wynik postępowania, bez dokonywania jej generalnej interpretacji (której znaczenie i konsekwencje są często sporne) wskazać można, iż w rozpatrywanym przypadku żadne wątpliwości względem jej ziszczenia, nie zachodzą. Wybrany wykonawca posłużył się informacjami, mającymi służyć potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu w uzupełnionym wykazie wykonanych robót, i na podstawie tych informacji uznano, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a następnie jego ofertę uznano za najkorzystniejszą w części I zamówienia.

Wracając do kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji, na wstępie wskazać należy, iż w świetle powoływanych wyżej przepisów, 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.

Za ugruntowany i trafny należy uznać wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób niebudzący wątpliwości. 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, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania.

Tymczasem właśnie, w stanie dowodowym niniejszej sprawy, Izba uznała, że odwołujący, wraz z popierającym jego stanowisko zamawiającym, w sposób wystarczający udowodnili nieprawdziwość informacji podanych przez Konsorcjum P&M w uzupełnionym wykazie

doświadczenia, natomiast ich przeciwnik procesowy – przystępujący – nie zdołał podważyć wiarygodności przedstawionych przez nich dowodów.

Dla stwierdzenia powyższego Izba oparła się przede wszystkim na treści pism załączonych do odwołania, ocenianych w świetle i w związku z całokształtem okoliczności danej sprawy. I tak, w przedłożonym pierwotnie, tj. wraz z ofertą, wykazie wykonanych zamówień (formularz 3.3), przystępujący nie podał istotnych, a wymaganych przez zamawiającego w

pkt 9.2.3 siwz, informacji, pozwalających stwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.3 siwz. Mianowicie wykonawca nie podał, na jakich konkretnie drogach, do których referował warunek udziału w postępowaniu, i w jakich dokładnie ilościach na tych drogach, wykazywane doświadczenie zostało nabyte. Informacje takie znalazły się dopiero w uzupełnionym przez przystępującego w dniu 17 kwietnia br. wykazie zamówień. Konsorcjum P&M podało tam konkretne dane, które pozwoliły zamawiającemu przyjąć, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. W szczególności wykonawca podał, iż wykonał stosowne oznakowanie na drogach klasy G w Nowym Sączu w ilości 16 373,30 m2, a w ramach robót w Nowym Targu, na drogach klasy G - 9 617,00 m2.

Powyższym informacjom przeczą informacje zawarte w pismach MZD w Nowym Sączu oraz PZD w Nowym Targu. Dane tam zawarte Izba uznała za wiarygodną, a także wystarczająco precyzyjne i jasne dla sfalsyfikowania informacji podanych przez wybranego wykonawcę. Przy czym Izba stwierdziła, iż zostały podane w odpowiedzi na wystarczająco precyzyjne i postawione w sposób „niezmanipulowany” pytania.

W piśmie z dnia 26.04.2012 r. Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu podaje, iż w roku 2010 spółka cywilna P&M na drogach klasy G i wyższych wykonała około 5 500 m2 oznakowania. Powyższe wskazanie jest oczywiście podaniem przybliżonej liczby wykonanych metrów kwadratowych, to jednak chociaż nie jest ostre, to jest jednak wyraźne. W uproszczeniu – w logice formalnej powyższe oznacza, iż jakkolwiek nie można wytyczyć dokładnej linii denotacyjnej pomiędzy desygnatami zbioru danego pojęcia a obiektami, które desygnatami tego zbioru nie są, to jednak można z łatwością desygnaty obu rodzajów wskazać. Innymi słowy, będą przypadki, o których bez żadnych wątpliwości będzie można orzec czy mieszczą się w danym zbiorze, i takie, które z pewnością się w nim nie mieszczą, a także przypadki graniczne – wątpliwe. Tak też w rozpatrywanej sytuacji, np. ilość 5501 z pewnością będzie ilością odpowiadającą pojęciu „około 5500”, natomiast 16 373,30, to z całą pewnością nie jest „około 5500”.

Również w piśmie Powiatowego Zarządu Dróg w Nowym Targu z dnia 25.04.2012 r. podano, iż spółka cywilna P&M wykonała łącznie 9617 m2 oznakowania poziomego na drogach powiatowych, natomiast wykonanie oznakowania poziomego na drogach klasy G nie przekroczyło 2312,82 m2. Są to informacje jednoznacznie przeczące danym zawartym

przedstawionym przez wykonawcę wykazie, gdzie wprost wskazano, iż całość wykonanego oznakowania na drogach powiatowych dotyczyło dróg klasy G. Przy czym podkreślić należy fakt, iż jak wynika z ww. pisma, zamówienie PZD w Nowym Targu udzielone P&M dotyczyło dróg powiatowych, a nie np. dróg krajowych, a więc nie mogły to być drogi klasy wyższej niż G. Zamawiający wskazał więc wyraźnie, iż na jego drogach powiatowych, oznakowania na drogach klasy G wykonano nie więcej niż 2312,82 m2. Powyższe, nawet przez podanie przez PZD jedynie górnego limitu wykonanej ilości metrów, w sposób wystarczający i jasny stoi w sprzeczności z danymi podanymi przez przystępującego w przedstawionym zamawiającemu wykazie, a więc, że całość z 9 617,00 m2 oznakowania wykonano na drogach klasy G.

Jakkolwiek kwalifikacja ww. pism MZD w Nowym Sączu i PZD w Nowym Targu jako dokumentów urzędowych w rozumieniu art. 244 kodeksu postępowania cywilnego wydaje się wątpliwa, to jednak są to z pewnością informacje publiczne, udzielane przez jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego, wytwarzane przez osoby nimi zarządzające, które należy uznać za rzetelne i wiarygodne. Rozsądnie założyć można, iż zamawiający (zarządcy dróg) wiedzą jakie drogi znajdują się pod ich zarządem i jakie zamówienia na swoich drogach wykonywali.

Natomiast przystępujący ze swej strony nie przedstawił żadnych wiarygodnych informacji, a tym bardziej dowodów, które podważyłyby wiarygodność ww. dowodów przedstawionych przez odwołującego. Przystępujący, odnośnie zamówienia zrealizowanego na rzecz MZD w Nowym Sączu, powoływał się jedynie na telefoniczne informacje jakie uzyskał od pracownika ww. jednostki, a także w załączeniu do przystąpienia, przedstawił dokument o niepewnej treści i znaczeniu (kwestionowanych przez stronę przeciwną), podpisany przez osoby, których rola i funkcja była w tym wypadku przez zamawiającego również kwestionowana, a przez przystępującego, poza jego deklaracjami, w żaden sposób nie udowodniona. Tym samym należało przedstawione „Zest ZBIORCZE” uznać za dokument wytworzony przez samego przystępującego, podpisany dodatkowo przez p. Jacka Palucha, którego rola i funkcja pozostawała niewykazana i tym samym niewiadoma i niepewna.

Niewątpliwie ciężar udowodnienia nieprawdziwości informacji podanych przez przystępującego spoczywał w niniejszej sprawie na odwołującym i zamawiającym, to w tym przypadku uznać należało, iż dowody przedstawione przez odwołującego czyniły zadość powyższemu. Natomiast trafność ich oceny znajduje dodatkowe wsparcie w swoistej „bierności dowodowej” przystępującego, który poza kwestionowaniem sformułowań zawartych w pismach jego kontrahentów, żadnych dowodów odnośnie realizacji w Nowym Targu nie powołał, a odnośnie zamówienia w Nowym Sączu przedstawił jedynie ww. zestawienie. Tym bardziej, iż przystępujący dysponował szerokim wachlarzem środków dowodowych, możliwych do zawnioskowania do zakończenia rozprawy, które ewentualnie

mogłyby informacje w ww. pismach podważyć i poddać w wątpliwość. Dla przykładu: nie przedstawił pełnych umów i dokumentacji kontraktowych, map przedmiotowych sieci drogowych, nie wnioskował o powołanie świadków (choćby p. Jacka Palucha)... *etc.* Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp dotyczący braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest w tym przypadku wtórny w stosunku do ustalonego podania nieprawdziwych informacji i podlegania przez Konsorcjum P&M wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy 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 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 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).

.....