

WYROK
z dnia 8 stycznia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 stycznia 2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2012 roku przez **Odwolującego – EXATEL S.A z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale **Wykonawcy - GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwolującego - EXATEL S.A. 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 **Odwolującego - EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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**.

Przewodniczący:

1

Sygn. KIO 2817/12

UZASADNIENIE

W dniu 18 grudnia 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy, jak również tych wskazanych w treści odwołania, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy - GTS Poland Sp. z o.o. (dalej: GTS), z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających (lub mogących mieć) wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. z postępowania;
- 3) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający naruszył interes Odwołującego w postępowaniu, ponieważ zaniechał dokonania czynności wymienionych powyżej, doprowadzając do wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, jak również oferty zawierającej rażąco niską cenę. W związku z faktem, iż Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia (jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą), a działania Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy sklasyfikowanego na wyższej pozycji niż Odwołujący, przysługuje mu prawo do złożenia niniejszego odwołania.

Odwolujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 10 grudnia 2012 r., w związku z przesłanym przez Zamawiającego zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zatem termin na wniesienie środka

ochrony prawnej został zachowany.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej 3 usług obejmujących instalację i uruchomienie sieci WAN MPLS o zasięgu ogólnopolskim (minimum 10 węzłów o przepustowości minimum 4 Mb/s), każda o wartości przekraczającej 500 000,00 PLN brutto. Jako usługę wykonaną Zamawiający uzna, także usługę świadczoną na podstawie umowy zawartej na czas nieokreślony lub na podstawie umowy wieloletniej, trwającej co najmniej rok.

Wykonawca GTS w *Wykazie usług* wskazał na dwie usługi: pierwszą świadczoną dla

2

Zamawiającego, drugą świadczoną dla Ministerstwa Sprawiedliwości. Odwołujący wskazuje na okoliczności, które wskazują na spełnienie postawionego warunku wyłącznie na skutek przedstawienia nieprawdziwych informacji:

(i) usługa dla NFZ jest wykonywana w oparciu o umowę zawartą na okres 16 miesięcy, której łączna wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług wynosi 531 200,00 zł. Zważywszy, że protokół odbioru został podpisany w dniu 19 października 2011 r., a tym samym usługa dopiero od tej daty zaczęła być świadczona, nie jest prawdą, iż do dnia, w którym upływał termin składania ofert, wartość usługi przekroczyła próg 500 000 zł. Mając na uwadze, iż miesięczna wartość usług wynosi 33 200,00 zł, po upływie 13 miesięcy wartość zrealizowanej usługi wyniosła niespełna 431 600,00 zł, co nie spełnia postawionego warunku udziału w postępowaniu.

(ii) usługa dla MS jest wykonywana w oparciu o umowę zawartą na okres 36 miesięcy, której łączna wartość wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług wynosi 32 998 440,00 zł. Z treści referencji wynika, iż rozpoczęcie świadczenia usług miało miejsce 1 grudnia 2011 r., co oznacza, iż do dnia, w którym upływał termin składania ofert, nie upłynął wymagany przez Zamawiającego rok.

Z powyższego wynika, iż Wykonawca GTS nie wykazał spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Podkreślenia wymaga również, iż podanie w *Wykazie usług* nieprawdziwych informacji dotyczących wartości wykonanej usługi (GTS) oraz okresu realizacji usługi (MS) miało charakter świadomy, i służyło wykazaniu spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu wprowadzając Zamawiającego w błąd co do faktycznego doświadczenia posiadanego przez Wykonawcę. Odwołujący zwraca uwagę, iż takie postępowanie wypełnia przesłanki nakazujące Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący podnosi również, iż dokumenty przedłożone na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie potwierdzają należytego wykonania usług trwających - zgodnie z wymogiem postawionym przez Zamawiającego - co najmniej rok.

W odniesieniu do usługi wykonywanej na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia, należy zauważyć, iż przedłożony protokół odbioru nie potwierdza należytego wykonywania umowy trwającej co najmniej rok. Odnosi się on wyłącznie do momentu uruchomienia usługi transmisji danych.

W zakresie usługi dla Ministerstwa Sprawiedliwości Odwołujący podkreśla, iż referencja została wystawiona w lipcu 2012 r. i stwierdza w swej treści rozpoczęcie wykonywania umowy od grudnia 2011 r., a więc nie potwierdza należytego wykonywania usługi trwającej co najmniej rok.

Zważywszy na powyższe okoliczności, w opinii Odwołującego wykonawca GTS nie

3

wykazał, iż na dzień składania ofert spełnia warunek posiadania niezbędnego doświadczenia. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy GTS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie postawionego warunku wiedzy i doświadczenia poprzez przedstawienie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w *Wykazie usług*.

Odwołujący zastrzega, iż Zamawiający nie odtajnił zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zamieszczonych w utajnionym *Wykazie usług*, wobec czego Odwołujący nie był w stanie zweryfikować pozostałego doświadczenia przedstawionego na

potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił jak w treści odwołania oraz we wstępie.

W dniu 21 grudnia 2012 roku, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca GTS Poland SP. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia przekazana została uczestnikowi w dniu 18 grudnia 2012 roku. Przystąpienie wniesione zostało z zachowaniem ustawowego terminu. Kopię przystąpienia przekazano stronom postępowania.

Uczestnik postępowania wnosił o jego oddalenie w całości, stwierdzając, że zarzuty nie znajdują uzasadnienia faktycznego i prawnego. Zamawiający nie naruszył wskazywanych przepisów, a wykonawca GTS nie podlega wykluczeniu.

W dniu 7 stycznia 2013 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Narodowy Fundusz Zdrowia, jako Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania Odwołującego. Zamawiający wskazał, że wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Zamawiający oświadczył, iż omawiane postępowanie zostało przygotowane i jest prowadzone z poszanowaniem wymogów, o których mowa w art. 7 ustawy Pzp, tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy - GTS z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających (lub mogących mieć) wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oraz wyboru, jako najkorzystniejszej oferty firmy GTS pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę Zamawiający stwierdził, co następuje:

Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunków udziału przez wykonawców biorących udział w postępowaniu opierał się w tym względzie na wszystkich dokumentach znajdujących się w złożonych przez wykonawców ofertach, które winny potwierdzać spełnienie przez nich warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcy stosownie do treści

4

art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzegli w złożonych ofertach informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, co w przypadku firmy GTS dotyczyło zastrzeżenia informacji zawartych w dokumentach: *Wykaz wykonanych usług wraz z referencjami*, *Schemat rozwiązania technicznego*, *Opis rozwiązania (rodzaj wykorzystanej technologii)*, a przypadku firmy EXATEL S.A. zastrzeżenia w ofercie informacji w dokumentach: *Schemat rozwiązania technicznego przedmiotu zamówienia z wyszczególnieniem nim parametrów łączący*, *Opis rozwiązania całości połączeń, w tym m.in. informacje na temat rodzaju wykorzystanej technologii połączeń*. Wobec powyższego Zamawiający wezwał wykonawców pismem z dnia 27.11.2012 r. do złożenia wyjaśnień i przedłożenie dowodów, zapisów w zawartych umowach, czy w innych zobowiązaniach, których wynikałoby, że informacje czy dokumenty, które były wymagane przez Zamawiającego muszą zostać utajnione. Ponadto Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku niezłożenia wyjaśnień wraz z dokumentami bądź złożenia wyjaśnień, które Zamawiający uzna za niewystarczające, zastrzeżone dokumenty zostaną odtajnione.

Jednocześnie tym samym pismem Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyjaśnienie dotyczące zaoferowanej ceny, w celu ustalenia czy oferty zawierają rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w szczególności o przedstawienie szczegółowego wykazu przedmiotowych składników cenotwórczych, uwzględniając to czy zaoferowana cena będzie miała wpływ na utrzymanie wymaganej przez Zamawiającego jakości usługi.

Przedstawione przez GTS. w dniu 29.11.2012 r. wyjaśnienia wskazują, iż utajnione w ofercie informacje zawierają dane o charakterze handlowym (dane o kontrahentach), technicznym i technologicznym i posiadają wartość gospodarczą dla GTS. Wykonawca oświadczył, że utajnione informacje nie były i nie są udostępniane publicznie i nie są znane ogółowi, dlatego też stanowią tajemnicę dla podmiotów trzecich. Zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia uznając je za wyczerpujące i uzasadniające utajnienie, w związku z powyższym postanowił nie odtajniać zastrzeżonych informacji. W tym stanie rzeczy Zamawiający dokonał oceny spełnienia przez wykonawcę GTS warunków udziału, o którym

mowa w pkt. 6.1.2 SIWZ, uwzględniając w tym zakresie również zamówienia przedstawione w części oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa i uznał, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Jednocześnie GTS Poland Sp. z o.o. oraz Exatel S.A. złożyli wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływać na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia i uznał, że zaoferowane przez tych wykonawców wynagrodzenie nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone

5

pisemnie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „**Usługę transmisji danych w zakresie podstawowej sieci rozległej WAN NFZ oraz dostępu do Internetu**” prowadzi Zamawiający Narodowy Fundusz Zdrowia w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 października 2012 r. pod numerem 2012/S 194-319499.

Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że wykonali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych uwzględnione są również wykonywane) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 usługi polegające na instalacji i uruchomieniu sieci WAN MPLS o zasięgu ogólnopolskim (minimum 10 węzłów o przepustowości minimum 4 Mb/s), każda o wartości przekraczającej 500 000,00 PLN brutto. Jako usługę wykonaną Zamawiający uzna także usługę świadczoną na podstawie umowy zawartej na czas nieokreślony lub na podstawie umowy wieloletniej, trwającej co najmniej rok.

W celu potwierdzenia spełniania warunku wykonawcy zobowiązani byli do złożenia pisemnego wykazu usług, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców

6

oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Przystępujący GTS złożył ofertę, w której zamieszczono w części jawnej Wykaz wykonanych usług, na wzorze załącznika przygotowanym przez Zamawiającego i załączył do powyższego wykazu protokół odbioru z 18 października 2011 roku oraz list referencyjny z 31 lipca 2012 roku. Wykaz zawierał dwie pozycje:

- 1) usługę wykonywaną na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia, określając ze jej wartość wynosi powyżej 500 000,00 PLN a data wykonania to 10/2011(z adnotacją, że usługa jest nadal świadczona);
- 2) usługę wykonywaną na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości, określając ze jej wartość

wynosi powyżej 500 000,00 PLN a data wykonania to 12/2011(z adnotacją, że usługa jest nadal świadczona).

Oferta Przystępującego zawiera również część tajną, opatrzoną klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa, gdzie zamieszczony był Wykaz wykonanych usług zawierający 4 pozycje, do których załączono 4 sztuki dokumentów zawierających referencje.

Przystępujący wzywany był przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę oraz przedłożenia dowodów, dokumenty że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa muszą zostać utajnione. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 8 grudnia 2012 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazując że jest nią oferta Przystępującego GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na powyższą czynność odwołanie wniósł wykonawca EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane

7

wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunki dotyczące wykazania się niezbędnym doświadczeniem oraz dokumenty, na podstawie których odbywała będzie się ocena merytoryczna treści oferty w wymienionych i opisanych kryteriach oceny.

Dostrzeżenia wymaga fakt, że norma prawna 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:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności wykluczenia Przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji i nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie można było zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest pewnego stanu niepewności, czy wywołanie wystarczającym zaistnienie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to

szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, i powinien przestać na

8

dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

Wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co przemawia za wymaganiem od nich dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji.

Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. 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 KC w zw. z art. 14 ustawy). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane.

Wskazanie w wymaganym wykazie usług, które nie spełniają warunku wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami ogłoszenia lub SIWZ nie oznacza jeszcze podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, musi bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego lub na zamiar ewentualnego, bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć (za wyrokiem KIO z dnia 18 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 637/11).

Okoliczność, że usługa wskazana w wykazie nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia nie przesądza ze swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

9

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający czytelnie dał wyraz wymaganiom oczekiwanym w zakresie wykazania się niezbędnym doświadczeniem.

Nawet jeżeli informacje umieszczone w Wykazie usług w jawnej części oferty Przystępującego nie potwierdzają spełniania warunków udziału w zakresie, jaki wymagany był przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ (a czego nie udowodniono), to, jak słusznie zauważył sam Odwołujący, oferta Przystępującego zawiera jeszcze część objętą klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, gdzie również znajduje się tabela Wykaz usług. Do wykazu tego Odwołujący nie odniósł się w jakikolwiek sposób, zastrzegając jedynie w odwołaniu, że był w stanie zweryfikować pozostałego doświadczenia przedstawionego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie postawił w zakresie drugiego z wykazów jakiegokolwiek zarzutu, czy to dotyczącego niezasadności utajnienia

go, czy konieczności weryfikacji znajdujących się tam dokumentów. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zarzutami zamieszczonymi w odwołaniu i niedopuszczalna jest sytuacja, w której Izba rozpoznając odwołanie poza ramy sformułowanych przez stronę Odwołującą się zarzutów wychodzi. Zdawkowe wzmiankowanie, iż Zamawiający nie odtajnił wykazu, nie może stanowić iż informację tę traktować można jako formalne sformułowanie zarzutu, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego badał wystąpienie przesłanek warunkujących możliwość zakwalifikowania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skoro zatem Odwołujący drugiego z wykazów nie zakwestionował, to poza kognicją Izby leży badanie treści oraz merytorycznej zawartości tegoż wykazu i załączonych do niego dokumentów. Co istotne, wykaz usług z części jawnej oferty Przystępującego zawiera tylko dwie pozycje, podczas gdy Zamawiający w warunku wymagał wykazania się co najmniej trzema umowami na świadczenie usług. Z tego wnioskować można, iż Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków podmiotowych musiał brać inne umowy zamieszczone w wykazie utajnionym, a być może kierował się tylko tym wykazem. Powyższe potwierdził sam Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, gdzie wskazał, że dokonując oceny spełniania warunków przez wykonawcę GTS uwzględnił zamówienia przedstawione w części oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

W przedmiocie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie jest dopuszczalne na etapie postępowania odwoławczego zastępowanie strony Zamawiającej przez Izbę i samodzielne badanie prawidłowości oceny spełniania warunków podmiotowych już raz dokonane na etapie oceny ofert w zakresie dokumentów nie objętych treścią odwołania. To strona odwołująca winna jest wskazać nieprawidłowości w konkretnych złożonych w postępowaniu dokumentach, a skład orzekający Izby ocenić może jedynie, czy rzeczywiście nieprawidłowości te znajdują potwierdzenie

10

w zgromadzonym materiale dowodowym. Skoro Odwołujący nie zakwestionował w żaden z możliwych sposobów drugiego z wykazów, to uznać należało, iż nie wykazał, że wykonawca Przystępujący powinien być wykluczony z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Nie wykluczając sytuacji, że Zamawiający dokonując oceny oferty Przystępującego swoją decyzję o wyborze jej jako najkorzystniejszej oparł na drugim z wykazów, co za tym idzie informacje znajdujące się w pierwszym z wykazów nie mają znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego, nie mają zatem nawet potencjalnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co zaś tyczy się stwierdzenia Odwołującego, że dokonano wyboru oferty pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę, to również w tym miejscu dostrzeżenia wymaga fakt, że powyższego nie można traktować w kategoriach prawidłowo sformułowanego zarzutu. Odwołujący nie przytoczył w tym zakresie jakiegokolwiek podstawy prawnej i w uzasadnieniu odwołania nie wskazał żadnej argumentacji odnoszącej się do powyższej kwestii. Zgodnie bowiem z wymogami formalnymi dotyczącymi odwołania, winno ono zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności. Zdawkowe wzmiankowanie o rażąco niskiej cenie nie sposób uznać za spełnienie powyższych wymogów formalnych. Nie jest to jednakże okoliczność, która obligowałaby skład orzekający do wystosowania wezwania o uzupełnienie odwołania w tej części.

Reasumując, uznano, iż wykonawca Odwołujący się nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że ocena warunku udziału odnośnie wykazania się niezbędnym doświadczeniem dokonana przez Zamawiającego w zakresie oferty Przystępującego była prawidłowa i wykonawca ten prawidłowo został wybrany w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: