Sygn. akt: KIO 780/16

WYROK
z dnia 20 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: −
Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biuro Ochrony Scorpion Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Steward Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach,**
przy udziale:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o. o. z siedzibą w Chorzowie, SAFECO Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie,**
2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, DERSŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu, SEBAN Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w częściach II i III zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża **Katowicki Holding Węglowy S.A.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Ochrony Scorpion Sp. z o.o., Steward Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..

Uzasadnienie

Zamawiający Katowicki Holding Węglowy S.A. prowadzi w trybie przetargu − − nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Świadczenie *usług ochrony osób i mienia oraz fizycznego zabezpieczenia obszarów, obiektów i urządzeń Kopalń KHW S.A. przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne.*

W dniu 9 maja 2016 r. Konsorcjum: Biuro Ochrony Scorpion Sp. z o.o., Steward Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec czynności wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3

i 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także art. 26 ust. 3, art. 29 ust. 4 pkt 4, art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d, art. 36 ust. 1 pkt 9 lit. c i art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na skutek podejrzenia, że informacje złożone w załączniku nr 6 do oferty są nieprawdziwe. Dnia 22 kwietnia 2016 r. Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że wszystkie osoby ujęte w wykazie załączonym do oferty, na dzień jej składania były pracownikami Odwołującego, aczkolwiek program podczas sortowania wymieszał kolumny, w której zaznaczona była podstawa dysponowania kapitałem ludzkim na różne jej rodzaje, tj. umowy o pracę, umowy zlecenie. Dowodem wymieszania kolumn jest pozycja 22, 23 wykazu osób i wymaganych uprawnień (...), gdzie dane zawarte w kolumnie imię i nazwisko zawierają dane pana M. G., nr kwalifikacji i nr pozwolenia na broń jest identyczny w pozycji 22 i 23, różnią się dane w kolumnie podstawa dysponowania pozycja 22 jest UP, a w pozycji 23 UZ, mimo że dane dotyczą tej samej osoby. Błędy zawierają również kolumny 45,4 6 i 71, 72 identyczne uprawnienia – kolumna, nr kwalifikacji i nr pozwolenia na broń. Zamawiający badając ofertę winien dostrzec oczywiste omyłki. W związku z tym, wyjaśniając omyłkę, Odwołujący jako dowód załączył poprawiony wykaz, zgodnie z punktem 6.1.4 SIWZ oraz oświadczył, że wszystkie przedstawione dokumenty obowiązują na dzień składania oferty. W dniu 29 kwietnia 2016 r. Zamawiający wykluczył ofertę Odwołującego z postępowania, a tym samym uznał ją za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, w uzasadnieniu podając, że Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny, że faktycznie dysponuje osobami wskazanymi w wykazie poprzez załączenie umów o pracę bądź oświadczeń tych

osób. W związku z tym uznał, że oświadczenia i wykazy przedstawione przez Odwołującego są nieprawdziwe i jako takie nie podlegają uzupełnieniu.

Odwołujący podniósł, że twierdzenie Zamawiającego o braku możliwości wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń, które w jego przekonaniu były nieprawdziwe należy uznać za chybione, a ustawodawca dopuszcza uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, jeżeli przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki. W związku z tym, jeżeli Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przedstawił poprawione oświadczenie, powołując się na pomyłkę oraz oświadczając, że dokumenty są ważne na dzień składania ofert, należy przyjąć, że Zamawiający po złożeniu takiego pisma przez Odwołującego, mógł wezwać go do złożenia dalszych dowodów na potwierdzenie stanowiska zawartego w piśmie, bowiem ustawodawca nie wyklucza takiego zachowania. Ponadto, Zamawiający jest zobligowany do całościowej weryfikacji dokumentów i oświadczeń składanych z ofertą. Zamawiający nie przedstawił konkretnego stanowiska, jakich dowodów na poparcie prawdziwości oświadczeń Odwołującego oczekuje, wzywając jedynie do złożenia wyjaśnień. Dopiero w piśmie wykluczającym Odwołującego z postępowania wskazał, że nie przedstawił on takich dowodów jak umowy o pracę lub oświadczenia osób zatrudnionych.

Odnosząc się do przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem Odwołującego skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zamawiający nie przedstawił w sposób wyczerpujący przesłanek, którymi kierował się wykluczając z postępowania Odwołującego, a ponadto nie przytoczył argumentów, na których oparł założenie, że informacje są obiektywnie nieprawdziwe. Nie zostały spełnione kumulatywne przesłanki wykluczenia Odwołującego, tj. podanie nieprawdziwych informacji oraz ich wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Odwołującego nie można utożsamiać omyłki z nieprawdziwą informacją, a w niniejszej sprawie miała miejsce ta pierwsza. Odwołujący nie załączył do pisma będącego odpowiedzią na wezwanie innego dokumentu, który kwalifikowałby go do postępowania, a jedynie sprostował omyłkę dokumentu już złożonego, wobec czego nie można mówić o braku możliwości uzupełnienia dokumentu nieprawdziwego, a jedynie uzupełnienie dokumentu zawierającego braki i błędy.

Odwołujący powołał się na art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu

Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE.L 2004.134.114), który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału

w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy, nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

Zdaniem Odwołującego, taki sposób wykładni potwierdza także przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który nakazuje wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli zawierają one błędy oraz art. 87 ust. 2, który nakazuje poprawę omyłek w treści oferty. Analiza tych przepisów prowadzi do wniosku, że 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 tej sytuacji można bronić poglądu, że wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. 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.

Odwołujący podniósł, że dla wykluczenia wykonawcy konieczne jest wykazanie przez podmiot, który z twierdzenia o podaniu nieprawdziwych informacji wywodzi określone skutki prawne, że po pierwsze faktycznie podano nieprawdziwe informacje, a po drugie, że mają one lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. W pierwszej kolejności zatem należy każdorazowo ustalić, czy określona informacja ma charakter informacji nieprawdziwej. W tym zakresie może mieć znaczenie wielokrotnie przywoływany w orzecznictwie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99, w którym Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak jak jest w rzeczywistości, co a contrario oznacza, że nieprawdziwa informacja to taka, która prezentuje określoną wypowiedź w sposób odbiegający od stanu istniejącego w rzeczywistości. W niniejszej sprawie nie miało miejsca podanie informacji odbiegającej od rzeczywistości.

Odwołujący podniósł, że działania Zamawiającego mające na celu przedstawienie przez Odwołującego dokumentów takich, jak umowy o pracę lub oświadczenia osób zatrudnionych są sprzeczne z art. 7 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający w wezwaniu nie skonkretyzował, jakich dowodów oczekuje na poparcie wyjaśnień Odwołującego, po czym w piśmie wykluczającym przytoczył, że ww. dokumentów Odwołujący nie przedstawił. Odwołujący nie był w stanie przewidzieć, że Zamawiający będzie właśnie takich dokumentów oczekiwał, bowiem nie są one wymienione

w rozporządzeniu, a ponadto nie zostało to określone w SIWZ. Zgodnie z SIWZ wykonawcy mieli obowiązek wypełnić załącznik nr 6, w którym przedstawiali informacje na temat ich kwalifikacji zawodowych pracowników, ich doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zatem Odwołujący miał zasadność twierdzić, że w wezwaniu zobligowany jest przedstawić uporządkowane dane (zgodnie z SIWZ), które wcześniej zostały przedstawiony w sposób omyłkowy. Nie był w stanie przewidzieć, które dokumenty będą dla Zamawiającego właściwie, gdyż ten ich nie skonkretyzował.

Zdaniem Odwołującego, został on potraktowany w sposób dyskryminujący, bowiem tylko od niego Zamawiający zażądał przedstawienia umów o pracę lub oświadczeń osób zatrudnionych w jego jednostce. Z treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że dokumenty potwierdzające spełnienie wymogów podmiotowych oraz przedmiotowych Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacjach istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Zgodnie z tym, Zamawiający nie był uprawniony do żądania

od Odwołującego umów o pracę lub oświadczeń osób zatrudnionych w dalszym przebiegu postępowania, gdyż takie dokumenty nie zostały przez niego wymienione jako kwalifikujące do postępowania w ogóle. Dokumentem takim miało być oświadczenie (załącznik nr 6), odpowiadającemu postanowieniu 6.1.4. SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz uznania oferty złożonej przez Odwołującego za niepodlegającą wykluczeniu, z poprzedzeniem wyboru oferty Odwołującego wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili: Konsorcjum Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o. o., SAFECO Sp. z o.o. oraz Konsorcjum DGP Security Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., DERSŁAW Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 6.1 ppkt 4 SIWZ, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający żądał złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz

---

z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ). Wykonawca musi dysponować pracownikami o następujących kwalifikacjach:

dla części I −
dni robocze kwalifikowani 47 bez kwalifikacji 0
dni wolne od pracy kwalifikowani 59 bez kwalifikacji 0

− dla części II
dni robocze kwalifikowani 45 bez kwalifikacji 8
dni wolne od pracy kwalifikowani 40 bez kwalifikacji 8
dla części III −
dni robocze kwalifikowani 54 bez kwalifikacji 2
dni wolne od pracy kwalifikowani 40 bez kwalifikacji 2
dla części IV −
dni robocze kwalifikowani 81 bez kwalifikacji 13
dni wolne od pracy kwalifikowani 66 bez kwalifikacji 13

Pracownicy ochrony kwalifikowani winni posiadać minimum roczny staż pracy w charakterze pracownika ochrony fizycznej na obiektach objętych obowiązkową ochroną przez SUFO. Zamawiający na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp wymaga, aby minimum 70% osób wymienionych w niniejszym punkcie było zatrudnionych na umowę o pracę.

Odwołujący złożył ofertę na część II i III zamówienia. Do oferty Odwołujący załączył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i posiadanych przez te osoby uprawnień. Wykaz obejmował 119 osób (w poz. 22 i 23 wskazano tę samą osobę), w tym w tym 78 osób zatrudnionych na umowę o pracę. W pozycjach 45 i 46 w odniesieniu do różnych osób wskazano te same numery świadectwa kwalifikacji i pozwolenia na broń. Analogiczny błąd wystąpił w pozycjach 71 i 71 wykazu.

W dniu 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że wzywa do wyjaśnień *w związku z zaistnieniem podejrzenia, iż przedstawione w Wykazie osób (w zakresie spełniania wymogów określonych w punkcie 6.1.4 SIWZ) informacje są nieprawdziwe* (…). *Wykonawca winien wobec zarzutu poświadczenia nieprawdy udzielić miarodajnych, pisemnych i wyczerpujących tzn. opartych na dowodach wyjaśnień.* Zamawiający nie określił w wezwaniu, których informacji dotyczy powyższe podejrzenie.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący poinformował, że *wszystkie osoby umieszczone w wykazie osób, który stanowił załącznik nr 6 do SIWZ, były na dzień składania ofert pracownikami Biura Ochrony Scorpion Sp. z o.o., natomiast program podczas sortowania pracowników wymieszał kolumnę „podstawa dysponowania (np. umowa o pracę, umowa zlecenie, itp.)", co skutkowało omyłkami przy właściwym ustaleniu stosunku pracy i ilości, pozostałe kolumny zawierają właściwe dane. W związku z powyższym celem spełnienia wymogów określonych w punkcie 6.1.4 SIWZ przedstawimy poprawiony wykaz zawierający pełne dane wraz z właściwie wypełnioną komuną „podstawa dysponowania (np. umowa o pracę, umowa zlecenie, itp.)"i zwiększoną ilością pracowników.* Do wyjaśnień Odwołujący załączył wykaz obejmujący 132 osoby.

Pismem z 29 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w uzasadnieniu faktycznym wskazując, że na wezwanie do złożenia wyjaśnień wykonawca nie udzielił miarodajnych i wyczerpujących, tzn. opartych na dowodach wyjaśnień, a jedynie przesłał krótką informację o błędzie programu, nie popartą dowodami, z których wynikałoby, że wykonawca faktycznie dysponuje osobami wskazanymi w wykazie (np. umowy, oświadczenia pracowników). Zamawiający stwierdził, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępwoania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych i podstawą dysponowania tymi osobami. Zamawiający poinformował również, że informacje nieprawdziwe nie podlegają uzupełnieniu i że w związku z tym brak jest podstawy do wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji wymaga w pierwszej kolejności wykazania, że istotne dla postępowania informacje przedstawione przez wykonawcę są niezgodne ze stanem faktycznym, a następnie – że ich złożenie wpływa lub

może wpływać na wynik postępowania. Fakt złożenia nieprawdziwych informacji oraz ich zakres i wpływ na wynik postępowania powinny być przez Zamawiającego ustalone i udokumentowane. Z uwagi na daleko idące konsekwencje złożenia nieprawdziwych informacji, dla wykluczenia wykonawcy z postępowania nie jest wystarczające powzięcie przez Zamawiającego bliżej nieokreślonych wątpliwości w tym zakresie.

W ocenie Izby, na podstawie dokumentacji postępowania nie sposób uznać, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji była zasadna. Po pierwsze wskazać należy, że na podstawie stanowiska Zamawiającego wyrażonego w wezwaniu do wyjaśnień oraz w uzasadnieniu czynności wykluczenia, nie jest możliwe ustalenie, które informacje przedstawione przez Odwołującego w wykazie osób były nieprawdziwe i na czym Zamawiający taką tezę opiera. Zauważyć należy, że wykaz osób zawierał szereg różnych informacji dotyczących 119 osób, obejmujących ich imiona i nazwiska, numery świadectw kwalifikacji i pozwoleń na broń oraz podstaw dysponowania tymi osobami przez wykonawcę. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie określił, informacje dotyczące których osób i w jakim zakresie są jego zdaniem nieprawdziwe i dlaczego, ograniczając się do lakonicznego stwierdzenia, że zaistniało podejrzenie złożenia nieprawdziwych informacji.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania z uwagi na złożenie ogólnikowych i niepopartych dowodami wyjaśnień należy uznać za nieuzasadnione, wezwanie do

wyjaśnień było bowiem sformułowane w sposób uniemożliwiający uczynienie zadość temu wezwaniu w sposób, w jaki – jak się wydaje – oczekiwał tego Zamawiający. Skoro Odwołujący nie miał wiedzy, których informacji dotyczy podejrzenie, że są nieprawdziwe i na czym to podejrzenie jest oparte, to nie mógł złożyć precyzyjnych wyjaśnień. W związku z tym nie można wyciągać wobec Odwołującego negatywnych konsekwencji z faktu, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające i na tej podstawie uznać, że rzeczywiście doszło do złożenia nieprawdziwych informacji. Zauważyć także należy, że również w uzasadnieniu czynności wykluczenia Zamawiający nie określił, o które informacje chodzi. Tymczasem na Zamawiającym ciąży obowiązek uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, a Izba ocenia prawidłowość tej czynności przez pryzmat wyartykułowanych przez Zamawiającego przesłanek. Dodatkowo, wobec nieokreślenia zakresu nieprawdziwych – zdaniem Zamawiającego – informacji nie sposób byłoby ustalić wpływu tych informacji na wynik postępowania, co jest przesłanką konieczną do wykluczenia wykonawcy. Wpływ taki nie został przez Zamawiającego wykazany.

Zauważyć również należy, że nawet podczas rozprawy Zamawiający nie określił, które konkretnie informacje uznał za nieprawdziwe, a na zadanie pytanie odpowiedział, że chodzi o informacje dotyczące podstaw zatrudnienia niektórych osób z wykazu (bez

wskazania nazwisk tych osób), jak również numerów kwalifikacji, a także powtórzenia tych samych osób. Pomijając fakt, że sprecyzowanie tych informacji powinno nastąpić już w wezwaniu do wyjaśnień (tak, aby wykonawca wiedział, co musi wyjaśnić), to ich niesprecyzowanie nawet w postępowaniu odwoławczym dodatkowo świadczy o tym, że Zamawiający podejmował czynności bez dokonania należytej oceny złożonych dokumentów.

Odwołujący, próbując uczynić zadość wezwaniu do wyjaśnień, próbował sam zidentyfikować błędy w złożonym wykazie i przedłożył Zamawiającemu poprawiony wykaz, który nie został przez Zamawiającego poddany żadnej ocenie, o czym świadczy nieodniesienie się do poprawności tego wykazu w piśmie informującym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający dopiero podczas rozprawy próbował wskazać błędy w uzupełnionym wykazie, co należy uznać za spóźnione, ponieważ wszystkie okoliczności faktyczne leżące u podstaw decyzji o wykluczeniu powinny zostać zakomunikowane wykonawcy wraz z informacją o wykluczeniu.

Nie zasługują na uwzględnienie argumenty podniesione przez Przystępującego Konsorcjum DGP, że uzupełniony wykaz jest wadliwy, gdyż nie wiadomo na jaką datę wykaz jest aktualny, a ponadto według treści pisma przewodniego miał być on złożony w przyszłości, jak również że wykaz nie jest opatrzony numerem postępowania ani numerem referencyjnym. Skoro wykaz nie został przez Zamawiającego oceniony, a wyniki tej oceny nie zostały zakomunikowane wykonawcy, niedopuszczalne jest późniejsze wywodzenie prawidłowości czynności wykluczenia z podnoszonych przez Przystępującego okoliczności. W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że argumentacja Przystępującego jest merytorycznie bezzasadna, wykaz bowiem został opatrzony informacją, że obowiązuje na dzień składania ofert, a skoro został załączony do wyjaśnień dotyczących konkretnego postępowania, to niezrozumiałe jest wywodzenie jakichkolwiek skutków z faktu nieopatrzenia go numerem referencyjnym. Tym bardziej niezrozumiałe jest podważanie uzupełnionego wykazu poprzez wskazanie, że w treści pisma przewodniego Odwołujący napisał o złożeniu wykazu w czasie przyszłym, fakt że wykaz został złożony jest bowiem bezsporny, a dokument ten powinien być poddany ocenie przez Zamawiającego.

Należy również wskazać, że Zamawiający bezzasadnie odmówił możliwości złożenia przez Odwołującego poprawionego wykazu, błędnie powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który nie znajduje zastosowania w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji. Zamawiający nie ustalił bowiem, aby rzeczywiście złożone zostały nieprawdziwe informacje, a swoje stanowisko ograniczył do ogólnikowego zanegowania wyjaśnień, złożonych – jak wyżej wskazano – w odpowiedzi na wadliwie sformułowane wezwanie. Wobec faktu załączenia nowego wykazu do wyjaśnień Zamawiający, zamiast negować możliwość

skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinien uzupełniony przez wykonawcę z własnej inicjatywy wykaz poddać ocenie i zakomunikować wykonawcy wyniki tej oceny.

O prawidłowości czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nie może świadczyć fakt, że Odwołujący nie wniósł odwołania wobec wezwania do wyjaśnień. Wezwanie to nie jest bowiem czynnością ostatecznie przesądzającą o losach wykonawcy w postępowaniu. Zrozumiałe jest, że wykonawca, kierując się względami racjonalności i ekonomiki postępowania, próbuje uczynić zadość wezwaniu bez zaskarżania tej czynności, licząc na zakończenie w korzystny dla siebie sposób sporu co do poprawności złożonych dokumentów (czy też na niedopuszczenie do takiego sporu). To dopiero ocena złożonych wyjaśnień i dokumentów, jako bezpośrednio wpływająca na sytuację wykonawcy w postępowaniu i na wynik tego postępowania, jest tą czynnością, wobec której racjonalnie działający wykonawcy korzystają ze środków ochrony prawnej.

Z powyższych względów Izba doszła do przekonania, że czynność wykluczenia z postępowania była niezasadna. Dodatkowo wskazać należy na brak podstaw do żądania od Odwołującego konkretnych dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający nie określił w SIWZ skierowanego do wszystkich wykonawców obowiązku złożenia takich dokumentów, to żądanie ich od Odwołującego nie było prawidłowe w świetle art. 7 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie m.in. warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. W związku z powyższym Izba nie nakazała Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, procedura ta odnosi się bowiem do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Jak wyżej wskazano – z wyjątkiem wykazu osób Zamawiający dokumentów takich nie określił w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Wykaz został przez Odwołującego załączony do wyjaśnień, niecelowe jest zatem wzywanie do jego uzupełnienia, a postanowienia SIWZ nie dają podstaw do żądania innych dokumentów.

Podsumowując, dokonując kwestionowanych w odwołaniu czynności Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 3, art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik postępowania, w związku z czym odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego DGP o oddalenie odwołania w odniesieniu do części II zamówienia. Przystępujący oparł swój wniosek na twierdzeniu, że wobec oświadczenia jednego z wykonawców o nieprzedłużeniu terminu związania ofertą i ważności wadium nie zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna, a tym samym Odwołujący nie uzyska zamówienia, gdyż oferta Przystępującego jest najkorzystniejsza. Izba stwierdziła, że

---

podnoszony brak wpływu na wynik jest wyłącznie hipotezą Przystępującego co do dalszego przebiegu postępowania i nie może prowadzić do oddalenia odwołania, zwłaszcza że na dzień orzekania, trzeci z wykonawców biorących udział w postępowaniu na II część zamówienia nie został przez Zamawiającego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Brak jest natomiast – zdaniem Izby – podstaw, aby kwestionowane czynności Zamawiającego zakwalifikować jako naruszenie art. art. 29 ust. 4 pkt 4 oraz art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. c i d i art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, są to bowiem przepisy określające obowiązki zamawiającego na etapie opracowywania treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, a kwestionowanie sposobu wywiązania się przez Zamawiającego z tych obowiązków na etapie oceny ofert należałoby uznać za spóźnione. Na podstawie całości treści odwołania należy jednak stwierdzić, że kwestionowaną czynnością było wykluczenie Odwołującego z postępowania, a przywołane powyżej przepisy w odniesieniu do zaskarżonej czynności należy uznać za nieadekwatne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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: ……..