

WYROK

z dnia 22 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMPULSY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-528 Warszawa, ul. Hoża 1 lok. 6 (lider konsorcjum) oraz „Innovation Technology Group” Spółka Akcyjna, 51-116 Wrocław, ul. Wołowska 6** – od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez: **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Wawer, 04-564 Warszawa, ul. Strusia 4 lok. 8**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A KAMSOF Spółka Akcyjna, 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133

B. MEDINET Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 45-231 Opole, ul. Oleska 121

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – IMPULSY spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz „Innovation Technology Group” Spółki Akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu, oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznawania oceny ich spełniania, z uwzględnieniem wniosku złożonego przez tych wykonawców.**

1

- 2. Kosztami postępowania obciążyć KAMSOF Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, i:**

- 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – IMPULSY spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz „Innovation Technology Group” Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądzić od KAMSOF Spółki Akcyjnej z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – IMPULSY spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz „Innovation Technology Group” Spółki Akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.**
- 2.3. zasądzić od KAMSOF Spółki Akcyjnej z siedzibą w Katowicach na rzecz Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Wawer w Warszawie kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Sygn. akt KIO 1456/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Wawer – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *dostawę i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego dla konsorcjum Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Praga-Południe oraz Warszawa-Wawer* (Nr postępowania SZPLO/05/2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE nr 2011/S_64-103950 z 1 kwietnia 2011 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

30 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu Odwołującemu – Konsorcjum wykonawców: IMPULSY spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz „Innovation Technology Group” S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej zwanym „Konsorcjum IMPULSY”) – zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, w którym wskazał, iż dokonał ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w wyniku czego wykluczył z przedmiotowego postępowania Konsorcjum IMPULSY oraz Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

8 lipca 2011 r. (pismem z 7 lipca 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocen spełniania tych warunków, zarzucając Zamawiającemu bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania skutkujące pominięciem Odwołującego wśród wykonawców, którym przyznano oceny spełniania kryteriów warunków udziału w postępowaniu i wśród wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, wskutek czego Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, a także art. 26 ust. 4 ustawy pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocen spełniania tych warunków.

3

Sygn. akt KIO 1456/11

2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.
3. Przeprowadzenia czynności dotyczącej żądania od Odwołującego wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanych w odwołaniu.
4. Powtórzenie czynności ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocen spełniania tych warunków, z uwzględnieniem konsekwencji unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uzyskania od Odwołującego żądanych wyjaśnień.
Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające

wniesienie odwołania.

W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, że wyklucza Odwołującego z postępowania wobec faktu użycia we wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu referencji wystawionej przez Szpital im. Józefa Psarskiego w Ostrołęce na rzecz innego wykonawcy wykluczonego z postępowania tj. Asseco Poland S.A. Zamawiający ustalił w odniesieniu do tej referencji, że potwierdzono w niej wykonanie zamówienia w zakresie nieodpowiadającym zawartej umowie, która nie obejmowała wymaganego laboratorium analitycznego. Zamawiający stwierdził, że użycie tej referencji jest równoznaczne ze złożeniem informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, przez co na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania obu wykonawców, którzy użyli tej referencji, czyli Odwołującego i Asseco Poland S.A.

Po pierwsze należy wskazać, że ustalenia Zamawiającego odnośnie przedmiotowej referencji zostały oparte o wyjaśnienia uzyskane wyłącznie od Asseco Poland S.A. Odwołujący nie był nigdy wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tej sprawie. Zamawiający ma jednak obowiązek zasięgnięcia wyjaśnień także od Odwołującego, gdyż przepis art. 26 ust. 4 pzp ma charakter obligatoryjny i wynika z niego, że obowiązek żądania wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów dotyczy każdego wykonawcy, składającego dokument, który w ocenie Zamawiającego budzi wątpliwości. Obowiązek żądania wyjaśnień obejmuje obowiązek zwrócenia się do każdego wykonawcy, nawet jeżeli wątpliwość dotyczy dokumentów o tożsamej treści złożonych przez kilku wykonawców.

Różnicowanie sytuacji prawnej obu wykluczonych wykonawców, którzy dołączyli przedmiotową referencję do wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, uzasadnia konieczność odmiennego ich potraktowania w przedmiotowym postępowaniu. Asseco Poland S.A. był wykonawcą zamówienia, które zostało opisane w przedmiotowej referencji.

4

Sygn. akt KIO 1456/11

W chwili uzyskania omawianego dokumentu wykonawca ten posiadał wiedzę co do istotnej niezgodności pomiędzy jego treścią a stanem rzeczywistym, ewentualnie że powinien zdawać sobie sprawę z istnienia tej niezgodności. Odwołujący nie był wykonawcą tego zamówienia, dołączył przedmiotową referencję do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w oparciu o uzyskane od Asseco Poland S.A. zobowiązanie z 27 kwietnia 2011 r. do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu udzielanego zamówienia. Odwołujący dołączył ten dokument do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu w dniu 4 maja 2011 r., czyli przed dniem, w którym Zamawiający dokonał ustaleń odnośnie jego treści. Odwołujący nie posiadał w tym czasie istotnej wiedzy dotyczącej rzeczywistego zakresu poświadczanego zamówienia, a z Asseco Poland S.A. łączy go jedynie stosunek prawny wynikający ze wskazanego oświadczenia z 27 kwietnia 2011 r.

Zamawiający poprzestał na ocenie rzetelności treści przedmiotowej referencji, nie badając rzeczywistego stopnia zawinienia wykonawców, którzy w postępowaniu użyli tej referencji. Wykluczając obu wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp ze względu na użycie nierzetelnej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania Zamawiający nie wziął pod uwagę obiektywnej różnicy pomiędzy wiedzą o faktycznym zakresie poświadczanego zamówienia, posiadaną przez wykonawcę tego zamówienia, a wiedzą wykonawcy, który zamówienia tego nie wykonywał. Można oczywiście dowodzić, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie zawiera dyspozycji upoważniającej do obowiązku badania i uwzględniania stopnia zawinienia wykonawcy w razie stwierdzenia, że złożył nieprawdziwe informacji mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Jednakże przy wykładni przepisów prawa krajowego implementowanego z regulacji objętej prawem UE nie można pominąć treści norm wynikających z tych właśnie przepisów. Zwrócić należy uwagę, że art. 46 ust. 2 lit. g) tzw. dyrektywy klasycznej (2004/18/WE) mowa jest o tym, że „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy”. W podobny sposób rozumiany jest przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Należy wskazać na wyroki KIO: z 19 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09, KIO/UZP 605/09) z 19

sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1004/09), z 12 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1223/09), czy też z 2 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11), z których wynika, że do wykluczenia na podstawie omawianego przepisu niezbędne jest zachowanie należytej staranności przy

5

Sygn. akt KIO 1456/11

ocenie dowodów na zawinienie wykonawcy.

W szczególności w wyroku KIO z dnia 19.05.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09, KIO/UZP 605/09 wskazano, że: *...wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 pzp należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe - chciał je przedłożyć) lub na zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), 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. Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa w art.24 ust.2 pkt 2 pzp, powinien – dokonując oceny dokumentów i oświadczeń – w złożonej ofercie, w pierwszej kolejności stwierdzić, iż przedłożone dokumenty i oświadczenia nie są skutkiem błędnej interpretacji SIWZ przez wykonawcę, albowiem tylko takie ustalenie - w ocenie składu orzekającego Izby - pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało w konsekwencji na celu niezgodne z ustawą uzyskanie zamówienia przez Wykonawcę, a zatem miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. To oznacza, w przekonaniu składu orzekającego Izby, że takie rozstrzygnięcie może być podjęte po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. PZP. Jednakże – zdaniem składu orzekającego – dokonując ustaleń, co do zastosowania art. 24 ust.2 pkt 2 PZP jako podstawy wykluczenia z postępowania, Zamawiający powinien również mieć na względzie zasadę prawną in dubio pro reo, wywodzącą się z prawa rzymskiego. Zgodnie z tą zasadą, wątpliwości nie dających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść (wg paremii – oskarżonego), odnosząc do postępowania o zamówienie publiczne – wykonawcy, albowiem na gruncie przepisów prawa cywilnego -jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie – ta zasada odpowiada współczesnej, materialnoprawnej konsekwencji przyjęcia ciężaru rozkładu dowodu i dotyczy strony pozwanej. Powołana zasada również na gruncie prawa cywilnego może występować w dwóch odmianach: pozytywnej (polegającej na nakazie rozstrzygania wątpliwości na korzyść pozwanego) i negatywnej (polegającej na zakazie rozstrzygania wątpliwości na niekorzyść pozwanego). Oczywiście nie oznacza to, iż – na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych – w przypadku wątpliwości, co do spełnienia*

6

Sygn. akt KIO 1456/11

warunków przez wykonawcę, należy uznać – co do zasady – że wykonawca spełnił warunki. Przede wszystkim trzeba mieć na względzie podstawową zasadę obowiązującą na gruncie Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą (art. 7 ust.3) zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej ustawy, a zatem tylko temu wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne i złożył nie podlegającą odrzuceniu, najkorzystniejszą ofertę w rozumieniu tej ustawy. Dlatego też, Prawo zamówień publicznych obok instytucji wyjaśniana treści oferty (art. 87 ust.1 PZP), przewiduje również w art. 26 ust.3 PZP, procedurę uzupełniania dokumentów (z wyłączeniem sytuacji, gdy oferta mimo ich uzupełnienia i tak podlegałaby odrzuceniu), a w przypadku - m.in. wykluczenia z postępowania na podstawie ustawy - środki ochrony prawnej (czynność wykluczenia wykonawcy tak jak każda inna czynność w postępowania o zamówienie publiczne może być przedmiotem protestu, następnie odwołania i w

konsekwencji skargi do sądu powszechnego). Tak obszerne rozważania prowadzą do wniosku, iż Zamawiający – w tym postępowaniu o zamówienie publiczne – nie wykazał, zarówno w rozstrzygnięciu protestu jak i w toku rozprawy, że wnoszący odwołanie wykonawca - Konsorcjum PROMIS złożyło nieprawdziwe informacje, aczkolwiek należy zgodzić się, iż zakres kwestionowanych przez Zamawiającego dokumentów jest dla prowadzonego postępowania istotny. Jednakże jak zaznaczono wcześniej, Zamawiający powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP, powinien – dokonując oceny dokumentów i oświadczeń – w złożonej ofercie, w pierwszej kolejności wykluczyć, iż przedłożone dokumenty i oświadczenia nie są skutkiem, w szczególności błędnej interpretacji SIWZ przez wykonawcę i dopiero takie ustalenie pozwoliłoby – jak wskazano powyżej – postawić zarzut, że posłużenie się nieprawdziwymi informacjami, mającymi wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji miało na celu niezgodne z ustawą uzyskanie zamówienia przez Wykonawcę. To oznacza, że takie rozstrzygnięcie wymaga uprzedniego podjęcia postępowania wyjaśniającego, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. PZP. To oznacza, iż zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 PZP w związku z brakiem zastosowania art. 87 ust. 1 PZP jest uzasadniony.

Pomijając nieistotne różnice formalne pomiędzy stanem prawnym obowiązującym w dniu wydania powyższego orzeczenia a stanem prawnym obowiązującym w odniesieniu do niniejszej sprawy należy stwierdzić, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający jest zobligowany do pozyskania niezbędnych dowodów i ich wszechstronnej oceny przed podjęciem decyzji o wykluczeniu z postępowania na podstawie obowiązującego przepisu art.

7

Sygn. akt KIO 1456/11

24 ust. 2 pkt 3 pzp. Przy ocenie tych dowodów Zamawiający, z racji spoczywającego na nim ciężaru dowodzenia, powinien uwzględnić na korzyść wykonawcy te okoliczności, które za nim przemawiają, względnie, te których Zamawiający nie jest w stanie ostatecznie wyjaśnić. Dlatego też Zamawiający nie może pominąć obowiązku zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień od Odwołującego, a takiej szansy Odwołujący dotychczas nie uzyskał.

Braki dotyczące działań Zamawiającego wskazują na naruszenie przez niego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Nie do pogodzenia z tymi zasadami jest nieprzestrzeganie przez Zamawiającego zarówno obowiązku dotyczącego jednakowego traktowania wykonawców (w zakresie możliwości przedstawienia wyjaśnień niezbędnych dla prowadzonego postępowania), ale także obowiązku uwzględnienia zindywidualizowanych sytuacji prawnych wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu (poprzez arbitralną ocenę na podstawie dowodu uzyskanego tylko od jednego z wykonawców), istotnych z punktu widzenia przedmiotu niniejszego odwołania.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 11 lipca 2011 r. (wraz z przekazaniem kopii odwołania) wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

- 12 lipca 2011 r. (pismem z 11 lipca 2011 r.) – KAMSOF T S.A. z siedzibą w Katowicach;
- 14 lipca 2011 r. (pismem z 13 lipca 2011 r.) – MEDINET Systemy Informatyczne spółka z o.o. z siedzibą w Opolu.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia KAMSOF T S.A. oraz MEDINET Systemy Informatyczne sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestników tego postępowania (Przystępujących).

Przystępujący KAMSOF T w piśmie z 12 lipca 2011 r. podniósł następującą argumentację na uzasadnienie prawidłowości wykluczenia Konsorcjum IMPULSY.

Nie jest sporne, iż Odwołujący w swoim oświadczeniu (w Wykazie wykonanych zamówień) złożył nieprawdziwą informację. Nie budzi także wątpliwości, iż przedstawienie nieprawdziwej informacji w Wykazie wykonanych zamówień co najmniej może mieć wpływ

Sygn. akt KIO 1456/11

na wynik prowadzonego postępowania albowiem między innymi na podstawie tego oświadczenia Zamawiający decyduje którego z Wykonawców kwalifikuje do dalszego etapu postępowania. Oświadczenie to ma wpływ na punktację wniosków poszczególnych Wykonawców. Przy czym w niniejszym postępowaniu wdrożenie laboratorium analitycznego w ramach ZSI było warunkiem wykazywania wiedzy i doświadczenia przez wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia. W konsekwencji złożenie przez Odwołującego nieprawdziwego oświadczenia dotyczącego rzekomego wdrożenia w SP ZZOZ im dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce laboratorium analitycznego skutkowało błędną punktacją wniosków pierwotnie dokonaną przez Zamawiającego.

Bez znaczenia dla obowiązku zastosowania przez Zamawiającego sankcji wynikających z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp pozostaje to, czy podanie nieprawdziwej informacji było zawinione, gdyż znajduje zastosowanie również w przypadku niezawinionego podania przez danego Wykonawcę nieprawdziwej informacji. Przedstawioną argumentację i prawidłowość zaskarżonej czynności Zamawiającego potwierdza orzecznictwo KIO, przykładowo należy wskazać na następujące orzeczenia.

W wyroku z 4 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 327/11 i KIO/UZP 349/11) KIO stwierdziła, iż: *Dokumentem potwierdzającym zakres czy rodzaj prac przywoływanych w celu wykazania spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia, jest wykaz robót budowlanych, dostaw lub usług. Wykaz tego typu jest dokumentem wytwarzanym przez samego wykonawcę, stanowiącym de facto oświadczenie własne wykonawcy, w którym prawdziwość podawanych danych sankcjonowana jest dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.*

W wyroku z 28 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 304/11) zawarte zostało stwierdzenie w świetle, którego: *Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazuje na konieczność wykazania po stronie wykonawcy winy.*

Natomiast w wyroku KIO z 16 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1903/10) czytamy: *Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania.*

Można też wskazać na wyrok KIO z 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1550/10) oraz wyrok KIO z 23 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP), w których to wyrokach KIO stwierdziło, iż: *Zgodnie z przeważającym orzecznictwem sądowym i KIO nie mają znaczenia*

Sygn. akt KIO 1456/11

przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie rozróżnia się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo). Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością.

Analogicznie KIO orzekło w wyroku z 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1578/10): *Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania.*

Pomiędzy Stronami nie ma sporu, co do okoliczności faktycznych sprawy. Sam Odwołujący nie kwestionuje, iż przedłożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania. W odwołaniu Konsorcjum IMPULSY nie zamieszczono zarzutu kwestionującego ocenę, iż w toku postępowania Odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Pomiędzy stronami istnieje natomiast spór, co do wykładni treści art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Odwołujący mylnie twierdzi bowiem, iż zastosowanie tego przepisu i w konsekwencji wykluczenie z

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, jest możliwe tylko wtedy, gdy takiemu wykonawcy można przypisać winę w przedstawieniu tych informacji. W tym kontekście Odwołujący sugeruje w treści swego odwołania, iż podanie tej samej informacji przez wykonawcę Asseco Poland S.A. było zawinione (i ten wykonawca powinien być z postępowania wykluczony), natomiast podanie tej samej informacji przez Odwołującego było niezawinione (i tym samym rzekomo nie powinien zostać z postępowania wykluczony). Kwestię braku swojego zawinienia w podaniu nieprawdziwej informacji Odwołujący wywodzi z tego, iż informacja dotyczyła usługi, której nie wykonał sam, lecz która to usługa została wykonana przez drugiego z wykluczonych wykonawców, a który oddał swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji Odwołującego. Zdaje się zatem twierdzić, iż składając oświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności dotyczące posługiwania się referencjami innych podmiotów nie ponosi żadnej odpowiedzialności za ich zgodność z rzeczywistym stanem rzeczy. Pogląd taki formułowany przez profesjonalnego przedsiębiorcę wydaje się być, co najmniej kontrowersyjny.

Rozstrzygnięcie sporu dotyczącego wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przesądzi zasadność wszystkich zarzutów i wniosków zawartych w odwołaniu. W treści odwołania

10

Sygn. akt KIO 1456/11

Odwołujący domaga się zastosowania instytucji z art. 26 ust. 4 pzp chcąc wykazać, iż pomimo przedłożenia takiej samej nieprawdziwej informacji (tego samego dokumentu), jaką przedłożył inny z wykluczonych wykonawców, Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z uwagi na rzekomą odmienną sytuację prawną. Wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 4 pzp dotyczy zobligowania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp – w niniejszym postępowaniu chodzi o referencję wystawioną przez SP ZZOZ im dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce. Niemniej w niniejszym postępowaniu treść tego dokumentu nie budziła żadnych wątpliwości albowiem to z ustaleń zawartych w wyroku KIO z dnia 16 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1157/11) wynika, iż referencja ta nie potwierdza wdrożenia SSI, w ramach którego wdrożono laboratorium analityczne. Natomiast tryb wyjaśnień z art. 26 ust. 4 pzp nie może być wykorzystywany do ustalania stosunku psychicznego, jakim jest ocena zawinienia w posługiwaniu się nieprawdziwą informacją. Zamawiający nie miał obowiązku zwrócenia się do Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 pzp, z wnioskiem o wyjaśnienia gdyż tryb ten nie dotyczy wyjaśniania sfery motywacyjnej wykonawców. Z tzw. ostrożności procesowej podnieść należy, iż nawet gdyby Zamawiający taki obowiązek miał, to naruszenie tego przepisu ustawy – w niniejszym postępowaniu – jest nieistotne, albowiem jak wyżej wskazano dla zastosowania sankcji wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nieistotna jest kwestia przyczyn podania nieprawdziwej informacji. Nawet, gdyby zaniechanie wyjaśnień stanowiło uchybienie przepisom ustawy, to czynność ta nie miała wpływu na wynik postępowania.

Bez znaczenia jest argumentacja Odwołującego, w której powołuje się on na treść 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. Odwołujący wskazuje na treść art. 46 ust. 2 lit. g dyrektywy, która to jednostka redakcyjna jednak nie istnieje w tym akcie prawnym. Odwołującemu najprawdopodobniej chodzi o treść art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy. Wskazany przepis dyrektywy można rozumieć w ten sposób, iż nie dotyczy on badania kwestii zawinienia w rozumieniu przepisów prawa karnego lub cywilnego, lecz dotyczy tego, iż wprowadzenie w błąd jest efektem czynności wykonawcy polegającej na tym, iż to on samodzielnie przedstawił zamawiającemu nieprawdziwą informację – innymi słowy wprowadzenie w błąd jest efektem czynności wykonawcy polegającej np. na przedstawieniu zamawiającemu nierzetelnego dokumentu. Nadto nie jest jasne do jakich konkretnie informacji, dokumentów przepis ten ma zastosowanie i w jakim szczegółowym zakresie. To przecież ustawodawca krajowy implementując treść dyrektywy do porządku krajowego konkretyzuje jej treść. Dyrektywy nie

11

są źródłem prawa bezpośrednio obowiązującego w krajach członkowskich UE, lecz wyłącznie aktami prawnymi, które są implementowane do porządków krajowych przez organy ustawodawcze poszczególnych państw członkowskich. Z uwagi na taki charakter dyrektyw, ich zapisy są stosunkowo ogólne i z reguły nigdy nie są przenoszone dosłownie do porządków krajowych. W konsekwencji argumentacja Odwołującego dotycząca dyrektywy nie powinna znaleźć uznania.

Z samej tylko ostrożności procesowej podnieść należy, iż Odwołujący jest profesjonalnym przedsiębiorcą i nie sposób zgodzić się z jego twierdzeniami, iż nie posiadał wiedzy, co do tego, jakiego rodzaju informacje przedkłada w postępowaniu.

22 lipca 2011 r. Zamawiający, przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Zamawiający uzasadnił, iż dokonując wykluczenia Odwołującego postąpił w analogiczny sposób jak w przypadku wykonawcy Asseco Poland S.A., który w wyjaśnieniach złożonych 13 czerwca 2011 r. przyznał, iż zamówienie realizowane w szpitalu w Ostrołęce, wbrew wskazaniu w załączonym do wniosku wykazie, w istocie nie zawierało wymaganego elementu laboratorium analitycznego. W wyroku z 16 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1157/11) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu rozważenie możliwości wykluczenia wykonawcy Asseco z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji. Ponieważ Odwołujący w swoim wykazie uwidoczniał analogiczną informację oraz złożył identyczną referencję, gdyż w tym zakresie korzystał z udostępnionego przez spółkę Asseco doświadczenia, Zamawiający wykluczył obu tych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Jednakże po wniesieniu odwołania przez Konsorcjum IMPULSY, Zamawiający stwierdził, iż sytuacja tego wykonawcy w zakresie drugiego elementu przesłanki wykluczenia, tj. wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania, jest odmienna, niż sytuacja Asseco. Odejmując 5 pkt. pierwotnie przyznanych za zamówienie, której dotyczyła nieprawdziwa informacja, Konsorcjum IMPULSY pozostałoby z 51 pkt., tj. plasując się na 5 pozycji za: KAMSOF z 62 pkt. i trzema innymi wykonawcami (w tym MEDINET) po 52 pkt. – znalazłoby się zatem w gronie 5 wykonawców najlepiej spełniających warunki, których Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zobowiązał się zaprosić do dalszego etapu postępowania. Natomiast Asseco po odjęciu 5 pkt. zostałoby z 50 pkt., a zatem nie znalazłoby się w gronie 5 wykonawców, którzy uzyskali największą ilość punktów. Zamawiający wskazał także, iż element laboratorium analitycznego był obligatoryjny dla

12

Sygn. akt KIO 1456/11

potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jednakże wystarczyło wykazanie jednego zamówienia z tym elementem, a Odwołujący wykazał również inne zamówienia potwierdzające spełnienie tego warunku.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony, a Przystępujący KAMSOFt wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, na mocy przepisu art. 186 ust. 4 pzp – podlegało ono merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron i Przystępującego w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, natomiast Przystępujący KAMSOFt wniósł o oddalenie odwołania w całości. Natomiast Przystępujący MEDINET nie stawiał się na posiedzenie, pomimo otrzymania prawidłowego zawiadomienia o terminie jego przeprowadzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który został pierwotnie oceniony przez Zamawiającego w sposób kwalifikujący do udziału w przetargu ograniczonym. Natomiast wynik powtórnej oceny wniosków, w wyniku której Odwołujący został wykluczony, naraża go na szkodę z powodu niemożności uzyskania zamówienia, na co mógłby liczyć w razie niewykluczenia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych

13

Sygn. akt KIO 1456/11

za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu (wraz ze zmianami), wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego, wyjaśnień złożonych przez Asseco, a także z protokołu postępowania. Wobec tego, iż powtórna ocena wniosków została dokonana po wydaniu przez Izbę wyroku z 16 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1157/11), skład orzekający Izby w niniejszej sprawie zapoznał się z treścią tego wyroku wraz z uzasadnieniem. Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione i omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Niesporny między Stronami a Przystępującym był następujący stan faktyczny niniejszej sprawy. Konsorcjum IMPULSY na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, opisanego w sekcji III.2.3) pkt. 1 lit. a ogłoszenia o zamówieniu, którego najwyższa ocena spełniania, zgodnie z sekcją IV.1.2) tego ogłoszenia była również brana pod uwagę przy ustalaniu rankingu 5 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert – wykazało między innymi w *Wykazie wykonanych usług* (znajdującym się na stronach 71-72 dokumentów wniosku) zamówienie wykonane przez Asseco Poland S.A., którego przedmiot zamówienia został opisany (w pierwszej kolumnie pn. *Opis przedmiotu zamówienia*) jako *dostarczenie i wdrożenie systemu informatycznego w części medycznej oraz administracyjnej*, dla odbiorcy opisanego (w trzeciej kolumnie) jako *Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej* (dalej w skrócie „SZPZOZ”) w Ostrołęce. W czwartej kolumnie, której Zamawiający nadał następujący opis (odzwierciedlający treść warunku zawartego w sekcji III.2.3) pkt. 1 lit. a ogłoszenia o zamówieniu): *Czy zamówienie polegało na wdrożeniu zintegrowanego systemu swoim część medyczną tzw. białą (w informatycznego obejmującego zakresem*

14

Sygn. akt KIO 1456/11

szczegółności rejestrację, gabinet lekarski, laboratorium analityczne, rozliczenia z NFZ lub inną instytucją będącą płatnikiem za świadczenia opieki zdrowotnej) oraz część administracyjną, tzw. szarą (w szczególności Finansowo-Księgowy, Kadry i płace, środki trwałe, magazyn, kasa) na kwotę minimum 1.000.000,00 zł)? TAK/NIE. Podać kwotę – Odwołujący wpisał TAK i podał kwotę 4.195.412.40 zł. Wykaz został podpisany w Warszawie

29 kwietnia 2011 r. przez dwóch członków zarządu spółki IMPULSY oraz Jarosława Sibińskiego w imieniu spółki ITG. Do wykazu załączono także (na stronach 103-104 dokumentów wniosku) *List referencyjny* z 25 sierpnia 2008 r. wystawiony przez SZPZOZ im. dr. Józefa Pisarskiego w Ostrołęce, jak również zobowiązanie Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie do udostępnienia IMPULSY sp. z o.o., jako składającej wniosek w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, do *udostępnienia naszej wiedzy i doświadczenia w zakresie i na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, co oznacza, iż udostępnimy Wykonawcy naszą wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji ww. zamówienia na czas jego realizacji – między innymi poprzez konsultacje, doradztwo, szkolenia, czy też udostępnienie dokumentów lub opracowań zawierających informacje istotne dla wykonania zamówienia*. 13 czerwca 2011 r. Asseco, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 8 czerwca 2011 r. wzywające do złożenia wyjaśnień, oświadczyło, iż *Umowa z SP ZOZ im. dr. Józefa pisarskiego w Ostrołęce (...) obejmowała swoim zakresem wdrożenie zarówno części medycznej bez Laboratorium analitycznego*.

Zdaniem składu orzekającego Izby w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy okazało się, że wykluczenie Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp jest nieuzasadnione, pomimo wykluczenia z postępowania za złożenie takich samych informacji wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie. Jest to możliwe z uwagi na to, iż na przesłankę z tego przepisu składają się dwa aspekty, które muszą jednocześnie wystąpić dla stwierdzenia jej zajścia w stosunku do danego wykonawcy: po pierwsze – złożenie przez niego nieprawdziwych informacji, po drugie – wpływ tych informacji na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający uznając zasadność zarzutu odwołania, prawidłowo zidentyfikował, iż wykluczając Konsorcjum IMPULSY, nieprawidłowo stwierdził wpływ złożonych informacji na wynik prowadzonego przez siebie postępowania, co szerzej omówiono poniżej.

Na wstępie skład orzekający Izby zważył jednak, iż wbrew stanowisku Przystępującego KAMSOFT, w toku postępowania odwoławczego Odwołujący nie postawił

15

Sygn. akt KIO 1456/11

na rozprawie żadnych nowych zarzutów, co do których orzekania Izba nie byłaby uprawniona z mocy przepisu art. 192 ust. 7 pzp. Odwołanie dotyczy dokonanej względem Konsorcjum IMPULSY czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania, co zdaniem Odwołującego naruszyło między innymi przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Wśród okoliczności faktycznych i prawnych Odwołujący podniósł przede wszystkim, iż został potraktowany w taki sam sposób jak wykonawca Asseco, co jego zdaniem było nieuzasadnione. Zatem sprecyzowanym zarzutem odwołania było wykluczenie Konsorcjum IMPULSY z postępowania dokonane przez Zamawiającego z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp. Nie sposób uznać zatem, iż zarówno uznanie przez Zamawiającego zasadności tego zarzutu, jak i podnoszenie przez Odwołującego, wobec zgłoszonego przez Przystępującego sprzeciwu, nowych i innych niż w odwołaniu argumentów dla uzasadnienia bezpodstawności dokonanego wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu – stanowi podnoszenie nowego i innego zarzutu, który nie był od początku zawarty w odwołaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby tożsamość informacji złożonych odrębnie przez Asseco i Odwołującego, obiektywnie przesądza jednak o niemożliwości prawnego zakwalifikowania ich jako nieprawdziwych wyłącznie w stosunku do Asseco. Z tego względu za bezskuteczne należy uznać usiłowanie wykazania przez Odwołującego, iż w jego przypadku nie doszło do złożenia nieprawdziwych informacji, lecz do działania w usprawiedliwionym okolicznościami błędzie, iż złożone informacje potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Składu orzekający Izby zważył, iż żaden ze złożonych dowodów, po pierwsze, nie potwierdza okoliczności, iż przedmiot zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez SZPZOZ w Ostrołęce dotyczył wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego, obejmującego swoim zakresem w ramach części medycznej laboratorium analityczne. Z przedstawionej na rozprawie pierwszej strony pisma tego zamawiającego z 3 marca 2009 r., dotyczącego wykluczenia konsorcjum IMPULSY sp. z o.o. – ATM S.A. na podstawie wówczas obowiązującego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp,

wynika jedynie, iż warunkiem udziału w tym postępowaniu było dostarczenie i wdrożenie szpitalnego systemu informatycznego (tzw. SSI) obejmującego między innymi moduł *Laboratorium*, co w żaden sposób nie dowodzi, iż moduł taki był również objęty zakresem przedmiotu zamówienia. Nie wynika to również z przedłożonej treści załącznika nr 2 do s.i.w.z. SSI – *wymagania ogólne*, zawierającego tabelę obejmującą 1109 pozycji, spośród których Odwołujący wskazał na poz. 419, 430 i 958, to jest *de facto* z faktu użycia w każdym z tych punktów odpowiednio słów „Laboratorium”, „w Laboratorium” i „laboratorium”. Tymczasem pkt. 419 i 430 dotyczą zapewnienia w ramach modułu *Zlecenia* systemu

16

Sygn. akt KIO 1456/11

medycznego SSI następujących funkcjonalności: poz. 419 – *SSI musi mieć możliwość realizacji zleceń co najmniej w Pracowniach, Laboratorium z mikrobiologią, Pracowni Patomorfologii, Poradniach, Rejestracjach i Oddziałach*; poz. 430 nierozdzielnie związana z poz. 427 – *planowanie i zlecanie badań i konsultacji w ramach zleceń zewnętrznych (z innych podmiotów): w Laboratorium*. Natomiast poz. 958 dotyczy funkcjonalności w ramach modułu *Rachunek kosztów leczenia*, opisanej w nierozdzielnie powiązanych ze sobą treściowo poz. 954, 957 i 958, jako *Wyliczenie kosztów leczenia pacjenta w szpitalu z wyszczególnieniem kosztów: (...) procedur medycznych wykonywanych w jednostkach organizacyjnych, w których przedmiotem kosztów jest procedura medyczna: (...) laboratorium*. Odwołujący nie zadał sobie trudu, pomimo, iż to na nim spoczywał ciężar dowodu, w jaki sposób z użycia w tym kontekście słowa laboratorium wynika, iż wdrożenie systemu informatycznego obejmowało także moduł dotyczący laboratorium, pomimo iż taki moduł nie został wprost wskazany w całej treści tabeli, jako element objęty przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu. Po drugie, zdaniem składu orzekającego Izby, ze złożonych dowodów wynika wręcz, iż Odwołujący jako uczestnik tego postępowania, który ubiegał się o jego udzielenie (w szczególności z pierwszej strony pisma z 3 marca 2011 r. SZPZOZ w Ostrołęce dotyczącego wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wynikach tej oceny nie wynika nic nadto) – nie mógł być w błędzie co do tego, co było jego przedmiotem zamówienia, nawet jeżeli nie został dopuszczony do etapu składania ofert. Wobec tego uzyskanie przez spółkę IMPULSY, w odpowiedzi na prośbę o udostępnienie doświadczenia spełniającego kryteria przytoczonego za sekcją III.2.3) pkt 1 lit. a warunku udziału w postępowaniu (pismo z 25 kwietnia 2011 r.), zgody spółki Asseco Poland na udostępnienie wśród referencji spełniających te wymagania, tej dotyczącej zamówienia zrealizowanego na rzecz szpitala w Ostrołęce – nie zdejmuje z Odwołującego odpowiedzialności za znajomość rzeczywistego stanu rzeczy, który mógł i powinien ustalić we własnym zakresie. Tym bardziej, że dysponował udostępnioną referencją z 25 sierpnia 2008 r., wystawioną przez SZPZOZ w Ostrołęce, która w sposób szczegółowy, i jednocześnie nieodbiegający od treści załącznika nr 2 do s.i.w.z., opisuje moduły wchodzące w skład SSI, wśród których dla części medycznej brak jest modułu laboratorium analitycznego.

Tym samym w ocenie składu orzekającego Izby bezprzedmiotowe w niniejszej sprawie są również wywody odwołania wskazujące na mniejszy stopień zawinienia Konsorcjum IMPULSY w stosunku do Asseco, co miało przemawiać za niemożnością przypisania Odwołującemu złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu

17

Sygn. akt KIO 1456/11

prowadzonym przez Zamawiającego. Izba po zapoznaniu się przywoływanym na rozprawie przez Odwołującego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 9 marca 2011 r. (sygn. akt. KIO 371/11) nie stwierdziła adekwatności podnoszonej tam argumentacji w niniejszej sprawie – z uzasadnienia tego orzeczenia wprost wynika, iż *za informację nieprawdziwą nie może być uznana taka informacja, która jest sprzeczna z wykładnią treści siwz dokonaną przez jednego z wykonawców*, a dalsze wywody są ściśle powiązane z tą tezą. Natomiast z uzasadnień przywołanych w odwołaniu wyroków KIO: z 19 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1004/09), z 12 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1223/09), z 2 lutego 2011

r. (sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11), wcale nie wynika, że do wykluczenia na podstawie omawianego przepisu niezbędne jest zachowanie należytej staranności przy ocenie dowodów na zwinienie wykonawcy. Odwołujący w sposób zupełnie dowolny i nieuzasadniony treścią przywołanych orzeczeń łączy kwestię dochowania staranności przy dokonywaniu oceny zwinienia przesłanki z przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp, z elementem zwinienia, który rzekomo ma być w jej ramach badany.

Tymczasem w wyroku z 19 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1004/09) wskazano: *W ocenie składu orzekającego, nie można uzależniać przyporządkowania do kategorii „nieprawdziwych informacji” bądź do kategorii „błędu” od okoliczności, czy podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością wynikało z winy umyślnej, czy z niedbalstwa wykonawcy, jeżeli nieprawdziwe są informacje co do wymaganego przez Zamawiającego parametru granicznego, przesądzającego o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu: waga tego rodzaju informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest tak duża, że nie można twierdzić, że nie zostały podane celowo. Prawo zamówień publicznych nie rozróżnia bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo), dlatego nie ma znaczenia, że wykonawca nie miał zamiaru podawać nieprawdziwych informacji (a właściwie – należy przyjąć, że w każdym wypadku zamierzał podać informacje potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu); dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja, mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. [...] Skład orzekający nie podziela poglądu Odwołującego, że zgodnie z prawem europejskim, ZBM mógłby być dopiero wówczas wykluczony z postępowania, gdyby Zamawiający (bądź Przystępujący) wykazał, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje z winy umyślnej. Dyrektywa 2004/18/WE nakazuje wykluczenie*

18

Sygn. akt KIO 1456/11

wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd” co w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z polskim Prawem zamówień publicznych (zresztą w tym zakresie nie zakwestionowanym przez audyt Komisji Europejskiej). Jak już wyżej stwierdzono, informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zwinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Z kolei zgodnie z uzasadnieniem wyroku z 12 października 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 1223/09): *Przy czym za nieprawdziwą informację należy przyjąć taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutków wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonych cytowanym przepisem. [...] Art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie odwołuje się bowiem w swej treści do powodów podania nieprawdziwej informacji, chociażby przez określenie „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.” Należy mieć na względzie, że z uwagi na profesjonalny charakter działalności, wykonawca składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355 K.c. dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Natomiast z mocy art. 329 K.c. i 430 K.c. w związku z art. 14 Pzp, odpowiada również za działania swoich pracowników, czy osób trzecich, którym powierza przygotowanie oferty.*

Wreszcie w uzasadnieniu wyroku z 2 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: *Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zwinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn*

leżących po stronie wykonawcy". Dyrektywa 2004/18/WE, w przepisie, którego transpozycję do porządku krajowego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”.

Powyżej zaprezentowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, podzielane przez skład orzekający w niniejszej sprawie, nie stoi w sprzeczności ze stanowiskiem zawartym w

19

Sygn. akt KIO 1456/11

przysłanym obszernie za odwołaniem stanowiskiem wyrażonym przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z 19 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09, KIO/UZP 605/09), w którym przeciwstawiono złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, choćby w wyniku lekkomyślności, jako objętego przesłanką ówczesnego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp – złożeniu informacji w wyniku błędnej interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Temu wyłącznie z kolei miałyby służyć wezwanie do wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust. 1 pzp. Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy, należy uznać słuszność stanowiska Przystępującego, iż nie podstaw do wzywania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp treści złożonego wykazu, gdyż nie ma żadnych wątpliwości, iż zawiera nieprawdziwe, a nie nieścisłe informacje. Jednocześnie Odwołujący w żaden sposób nie podnosił w toku postępowania odwoławczego, iż złożone przez niego w wykazie załączonym do wniosku oświadczenie co do parametrów zamówienia zrealizowanego na rzecz szpitala w Ostrołęce, stanowi rezultat błędnej interpretacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku dotyczącej wymaganej od wykonawców wiedzy i doświadczenia.

Natomiast istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy okazało się ustalenie, iż w chwili podejmowania przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania brak było podstaw do przyjęcia, iż te nieprawdziwe informacje zawarte w dokumentach załączonych do wniosku Konsorcjum IMPULSY mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Skład orzekający Izby nie podziela zapatrywania Przystępującego KAMSOF, iż ocenę tego potencjalnego wpływu należy prowadzić na moment złożenia nieprawdziwych informacji, czyli w tym przypadku na upływ terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o co ubiegało się aż 11 wykonawców. Co prawda nie ma wątpliwości, iż z tego punktu widzenia, każda nieprawdziwa informacja składana na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, mogłaby być uznana za mogącą mieć wpływ na jego wynik. Jednakże taki moment prowadzenia oceny tego wpływu, podważałby w ogóle sens jego badania – sprowadzając w istocie przesłankę wykluczenia z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp do samego faktu złożenia nieprawdziwych informacji. Tymczasem, o ile element złożenia nieprawdziwych informacji ma charakter obiektywny i z natury swej jest oderwany od etapu postępowania, w którym wystąpił, o tyle ocena wpływu takich informacji na wynik prowadzonego postępowania ma charakter indywidualno-konkretny i musi być prowadzona na chwilę podejmowania przez zamawiającego czynności dotyczących wykluczenia z

20

Sygn. akt KIO 1456/11

postępowania wykonawców, z uwzględnieniem sytuacji, w jakiej znajduje się każdy z nich. W przypadku przetargu ograniczonego etapem, na którym zamawiający zobowiązany jest do ustalenia kręgu wykluczonych z postępowania wykonawców, jest ocena złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w nim, w ramach której, oprócz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, następuje przyznawanie ocen ich spełniania. Nawet jeżeli dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, ale nie otrzymał oceny plasującej go w gronie 5 najlepszych wykonawców (lub większej ich liczby), których w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zobowiązał się zaprosić do składania ofert – uznawany jest za wykluczonego.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (z uwzględnieniem jego zmian), przewidział przyznawanie oceny punktowej wniosków,

prowadzącej do ustalenia rankingu wykonawców, którzy uzyskali największą liczbę punktów. Z zawiadomienia z 24 maja 2011 r. dotyczącego pierwotnej oceny wniosków przez Zamawiającego, wynika, po pierwsze, iż spośród 11 wykonawców, którzy ubiegali się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 5 zostało wykluczonych na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, z uwagi na brak uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp lub złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp, nie pozwalający na stwierdzenie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, po drugie, iż pozostałych 6 wykonawców otrzymało następującą liczbę punktów: KAMSOF S.A. – 62 pkt., Konsorcjum IMPULSY – 56 pkt., Asseco Poland S.A. – 55 pkt., trzech wykonawców – Serum Software sp. z o.o., Global Services sp. z o.o., MEDINET Systemy Informatyczne sp. z o.o. – po 52 pkt. każdy. W zawiadomieniu z 30 czerwca 2011 r. dotyczącym wyników powtórzonej oceny wniosków, poza wykluczeniem z postępowania Asseco i Konsorcjum IMPULSY na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, ocena punktowa wniosków pozostałych 4 wykonawców nie uległa zmianie. Ponieważ wykluczenie na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp dotyczyło tożsamyh nieprawdziwych informacji dotyczących jednego i tego samego zamówienia na rzecz szpitala w Ostrołęce, bez brania pod uwagę punktów przyznanych pierwotnie za to zamówienie, Konsorcjum IMPULSY uzyskałoby ocenę punktową o jeden punkt wyższą niż Asseco. Jednocześnie, wbrew stanowisku Przystępującego na rozprawie, pozostałe 5 wniosków w ogóle nie uzyskało i nie mogło uzyskać żadnej oceny punktowej, gdyż wykonawcy, którzy je złożyli nie wykazali, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu. W konsekwencji oceniając wpływ nieprawdziwej informacji złożonej przez Konsorcjum IMPULSY na wynik przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić, iż ogranicza się on do przesunięcia jego pozycji z drugiej na piątą w rankingu wniosków (poprzednio poz. 4 ex

21

Sygn. akt KIO 1456/11

aequo zajmowało 3 wykonawców), które uzyskały największą liczbę punktów, co jest bez znaczenia, gdyż na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w przyszłości przez tych wykonawców, będzie ona dokonywana według zupełnie odrębnych zasad i kryteriów. Tożsamość nieprawdziwych informacji zawartych we wniosku Konsorcjum IMPULSY i we wniosku Asseco, spowodowała, iż Zamawiający stwierdził ich złożenie w stosunku do obydwu tych wykonawców, choć zarzuty odwołania złożonego w tym zakresie przez KAMSOF na pierwotną ocenę wniosków dotyczyły wyłącznie Asseco. Wobec tego oczywiście bezzasadny, a nie tylko mający charakter hipotetyczny, jest w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy pogląd Przystępującego KAMSOF zaprezentowany na rozprawie, iż gdyby zarzucił złożenie nieprawdziwych informacji wyłącznie przez Konsorcjum IMPULSY, to wniosek Asseco zostałby oceniony wyżej. Dokonywanie oceny wpływu złożonych nieprawdziwych informacji na wynik postępowania na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak to wskazano powyżej, nie ma żadnego wpływu na obiektywną okoliczność złożenia tych samych nieprawdziwych informacji przez obu tych wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono uwzględniając wynik sprawy, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 6 pkt. 3 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z przepisem § 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), obciążając wnoszącego sprzeciw Przystępującego KAMSOF kosztami niniejszego postępowania odwoławczego, na które złożyły się: (1) wpis uiszczony przez Odwołującego – zgodnie z przepisem § 3 pkt 1 przywołanego rozporządzenia, oraz (2) uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego, w ramach których w obu przypadkach uwzględniono wynagrodzenie ich pełnomocników, na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków (ograniczając w przypadku Zamawiającego jego wysokości do kwoty 3600 zł) – zgodnie

z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: