

Sąd Okręgowy w Warszawie

XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
ul.Czerniakowska 100
00-454 Warszawa

Data 3 sierpnia 2011 r.

Sygn. I instancji KIO/UZP 840/11

V Ca 1357/11
Sygn. akt XXIII Ga 416/11

**Urząd Zamówień Publicznych
Departament Odwołań**

**ul. Postępu 17 A
02-676 Warszawa**

Sekretariat Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w załączeniu przesyła odpis wyroku z dnia 15 lipca 2011 r. wraz z uzasadnieniem po rozpoznaniu skargi PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. w Warszawie działającej w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S. A. w Lublinie i PGE Obrót S. A. w Rzeszowie.

Nadto informuje, iż akta KJO/840/11 zostaną zwrócone wraz z aktami K.IO/841/11 po rozpoznaniu skragi dot. KIO/841/11 (sygn. akt XXIII Ga 380/11).

Biuro Obsługi Interesantów	Czytelnia akt	Biuro Podawcze
i Godziny urzędowania:	Godziny urzędowania	Godziny urzędowania
Pn 08:30- 18:00	Pn 08:30- 17:45	Pn 08:30- 18:00
Wt-Pt 08:30- 15:30	Wt-Pt 08:30- 15:30	Wt-Pt 08:30-15:30
Tel 22 440 0 727 / 22 440 0 728	Tel 22 440 0 727 / 22 440 0 728	I
Faks 22 440 0 724	j Email:	I
Email:	I	I

Sygn. akt XXIII Ga 416/11

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 lipca 2011 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący : SSO Dorota Kozarzewska (spr.)

Sędziowie: SSO Bolesław Wadowski

SSO Maria Więckowska - Rzepka

Protokolant: Maria Bether

po rozpoznaniu w dniu 8 lipca 2011 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. w Warszawie działającej w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie i PGE Obrót S.A. w Rzeszowie

z udziałem Hewlett- Packard Sp. z o. o w Warszawie i konsorcjum Cross Sp. z o. o. w Warszawie, Comp S. A. w Warszawie

z udziałem przeciwnika skargi konsorcjum Comarch S. A. w Krakowie,

„Energo-Moc” Sp. z o.o. w Gliwicach, Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie

Od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 6 maja 2011 r. Sygn. akt KIO/840/11

I. oddala skargę;

II zasądza od PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. w Warszawie działającej w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie i PGE Obrót S.A. w Rzeszowie na rzecz konsorcjum Comarch S. A. w Krakowie, „Energo- Moc” Sp. z o.o. w Gliwicach, Zakład Systemów

Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie kwotę 1200 zł (tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję

OWY

Sygnatura akt XXIII Ga 416/11

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) wyrokiem z dnia 6 maja 2011 r., po rozpoznaniu m.in. odwołania Comarch S.A. w Krakowie, „Energo-Moc” Wzorcownia Sp. z o.o. w Gliwicach i Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o. w Krakowie (dalej Konsorcjum Comarch) w postępowaniu prowadzonym przez PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. w Warszawie

działającej w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S.A. i PGE Obrót S.A., m.in. uwzględniła odwołanie oznaczone sygnaturą akt KIO 840/11 i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków i powtórzenie tej oceny z uwzględnieniem wniosku odwołującego (pkt 1) oraz rozstrzygnęła o kosztach postępowania (pkt 2).

W uzasadnieniu wyroku KIO w pierwszej kolejności rozpoznała zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 24 ust 2 pkt 3 i 4, art. 57 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej pzp), który wynikał z decyzji zamawiającego o wykluczeniu konsorcjum Comarch z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak ustalono na podstawie pisma z dnia 11.04.2011 r. (informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu), zamawiający uznał, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków opisanych w sekcji III.2.3 pkt 1 lit a i c ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający porównując informacje zawarte w tabeli (wykaz zamówień) ze wskazanymi przez wykonawcę dokumentami mającymi potwierdzać ich należyte wykonanie, nie mógł stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, iż dokumenty te potwierdzają realizację zamówień objętych wykazem.

Izba ustaliła, iż dla spełnienia warunku opisanego w sekcji III.2.3 pkt 1 lit. a i c, wystarczyło wykazać się odpowiednio, jednym zamówieniem w zakresie projektowania, budowy wdrożenia i integracji systemu IT (...) - lit. a i jednym zamówieniem w zakresie zaprojektowania, budowy, wdrożenia i integracji systemu odczytu i układów pomiarowych i zarządzania danymi pomiarowymi w sektorze Utility (...) - lit. c. W wykazie złożonym przez konsorcjum Comarch w trybie uzupełnienia brakujących dokumentów, wykonawca przedstawił 16 zamówień dotyczących wykonania systemu IT (lit. a), z których zamawiający zakwestionował cztery, oraz 11 zamówień dotyczących wykonania systemu Utility (lit. c), które zamawiający zakwestionował w całości. Konsorcjum Comarch załączył dokumenty mające potwierdzać ich należyte wykonanie.

W zakresie pierwszego z opisanych warunków KIO stwierdziła, że skoro zamawiający wymagał co najmniej jednego zamówienia, to było ono wystarczające dla potwierdzenia

spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ zamawiający nie kwestionował pozostałych, poza czterema, zamówień, Izba przyjęła, iż odpowiadały one zakresem warunkom opisanym w ogłoszeniu. Zamówienia, które nie odpowiadały wymaganiom zamawiającego mogły mieć znaczenie jedynie przy dokonywaniu punktacji wniosków wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Odnosnie kwestionowanych pozycji wykazu, dotyczących warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III.2.3 pkt 1 lit. c, za niewystarczające dla przyjęcia braku wykazania jego spełnienia, Izba uznała stwierdzenie, iż zamawiający nie mógł ustalić liczby układów pomiarowych - nie mniejszej niż 500 000, jakiej dotyczyć miały prace. W ocenie KIO, oba sformułowania, tj. użyte w wykazie a następnie w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień mają identyczne znaczenie, tj. wskazują na liczbę układów - co najmniej 500 000. Ewentualne wątpliwości rozwiewała treść dokumentów załączonych do wykazu, w których podane zostały ilości urządzeń pomiarowych: 766 000 dla systemu ELIOT (oddział w Będzinie), 660 000 dla systemu ELIOT (oddział w Bielsku-Białej), 850 000 dla systemu ELIOT (oddział w Krakowie), 3,2 min dla systemu SID. Zamawiający zwrócił się w piśmie z dnia 1 kwietnia 2011 r. o wyjaśnienie jak należy rozumieć fragment opisu zamówień wskazanych w poz. 19-29 ww. tabeli, tj. „... w których liczba układów pomiarowych nie może być mniejsza niż 500 000?”. W ocenie Izby trudno było na podstawie tak postawionego pytania odgadnąć intencję zamawiającego, tym bardziej, że wykonawca użył zwrotu z ogłoszenia. Izba wskazała, że skoro zamawiający nie sprecyzował skąd wynikają jego wątpliwości i nie wskazał jakich informacji oczekuje, to

wyciąganie negatywnych konsekwencji względem wykonawcy było naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wykonawca przyporządkował dokumenty do poszczególnych pozycji wykazu, a w części z nich zawarta była informacja o ilości układów pomiarowych, a zatem zamawiający mógł ustalić, które z nich mogą być przyjęte dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. W tych okolicznościach, Izba nie znalazła uzasadnienia dla decyzji zamawiającego o wykluczeniu konsorcjum Comarch z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W odniesieniu do zarzutu podania nieprawdziwych informacji dotyczących zamówień mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, opisanego w sekcji III.2.3 pkt 1 lit c ogłoszenia, Izba uznała, iż w okolicznościach faktycznych nie zachodziła przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy do wykluczenia konsorcjum Comarch z postępowania.

Ustalając treść ogłoszenia, KIO stwierdziła, że zamawiający wymagał: jedno zamówienie w zakresie zaprojektowania, budowy⁷, wdrożenia i integracji systemu obsługi odczytów i układów pomiarowych i zarządzania danymi pomiarowymi w sektorze Utility (tj. elektroenergetycznym,

gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym) obejmujące dostawę sprzętu, licencji oraz świadczenie usług serwisowych, w organizacjach o wyodrębnionych jednostkach organizacyjnych, w których liczba układów pomiarowych nie może być mniejsza niż 500 000⁷. W ocenie Izby, wskazanie liczby układów pomiarowych dotyczyło organizacji, a nie zamówienia. Izba przyznała rację zamawiającemu, który wykazał, iż liczba układów pomiarowych wskazana dla jednostek organizacyjnych opisanych w pozycjach 23, 26 i 28, jest w rzeczywistości mniejsza od wymaganej. Opierając się na treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Izba zgodziła się co do zasady z zamawiającym, że zamówienia wykazywane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu miały być punktowane w ramach dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem podanie nieprawdziwych informacji może mieć wpływ na wynik, w postaci ustalenia kręgu wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu postępowania. Jednakże okoliczności towarzyszące badanej sprawie, nie pozwalały na stwierdzenie istnienia wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania. Zgodnie z treścią ogłoszenia (sekcja VI.3 ppkt 15 lit. c) punkty miały być przyznawane według określonego schematu: „wykonawca otrzyma 2 punkty, ale nie więcej niż 10 punktów za wszystkie kwalifikujące się zamówienia”. W przypadku, gdy po

dokonaniu oceny w sposób określony wyżej, na ostatnim (piątym) miejscu kwalifikującym Wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż 1 Wykonawca, do złożenia ofert wstępnych zostaną zaproszeni wszyscy Wykonawcy, którzy znajdą się na tym miejscu (ppkt 16). Izba miała na uwadze, iż zamawiający nie kwestionował pozostałych ośmiu zamówień, które wskazało konsorcjum Comarch. Przyjmując taki stan rzeczy, Izba uznała, iż pozostałe zamówienia były odpowiednie pod względem zakresu świadczenia, a zatem wykonawca wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, dla którego wystarczyło wskazanie jednego zamówienia. Mając na względzie zasady przyznawania punktów (za każde zamówienie 2 pkt i maksymalnie 10 punktów za wszystkie kwalifikujące się zamówienia), wskazanie już pięciu zamówień, odpowiadających opisanemu w ogłoszeniu, pozwalało na uzyskanie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium oceny. Pozostałe zamówienia nie miały zatem żadnego znaczenia dla uzyskania wyższej punktacji i poprawy⁸ pozycji rankingowej wniosku konsorcjum Comarch. Nie można zatem przyjąć, że trzy zamówienia, wprowadzające mylne wyobrażenie o

prawdziwej ilości punktów pomiarowych, mogły mieć jakiegokolwiek znaczenie dla zakwalifikowania konsorcjum Comarch do dalszego etapu postępowania. W oparciu o powyższe, Izba uznała, iż wykluczenie konsorcjum Comarch na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, nie znajdowało uzasadnienia i nakazała unieważnienie tej czynności i przeprowadzenie ponownej oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku konsorcjum Comarch.

Od powyższego rozstrzygnięcia, w części dotyczącej odwołania o sygn. KIO 840/11, skargę złożył zamawiający PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. w Warszawie w imieniu własnym oraz w imieniu PGE Dystrybucja S.A. i PGE Obrót S.A., zarzucając:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez błędną wykładnię art. 24 ust. 2 pkt 3 polegającą na przyjęciu, że:

(a) wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie tego przepisu podlega wyłącznie wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające rzeczywisty wpływ na wynik prowadzonego postępowania, pomimo, że zgodnie z tym przepisem wykluczeniu podlega także wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje, które potencjalnie mogły mieć wpływ na wynik tego postępowania; a także

(b) wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy podlega wykonawca, w razie gdy nieprawdziwe informacje skutkują brakiem spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo tego, iż wykluczenie w takim przypadku następuje na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, a tym samym

nieuprawnione zrównanie tych dwóch przesłanek wykluczenia z postępowania, podczas gdy jedna nieprawdziwa informacja jest w pełni wystarczająca do wykluczenia, o ile informacja taka może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i skutkowało unieważnieniem czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wykluczenia Wykonawcy na tej podstawie, pomimo że Wykonawca podlegał wykluczeniu;

2. namszenie art. 191 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1 zd. drugie, art. 190 ust. 7 oraz art. 196 ust. 4 Ustawy poprzez pominięcie przez Izbę faktów i dowodów wskazujących, że Wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące 2 zamówień zrealizowanych przez Wykonawcę dla Agencji Rynku Rolnego, mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pomimo że Zamawiający przedstawił w toku postępowania odwoławczego twierdzenia i dowody wskazujące na nieprawdziwość tych informacji, co skutkowało błędnym ustaleniem podstaw)⁷ faktycznej wyroku i wadliwością jego uzasadnienia, to jest z pominięciem ustaleń dotyczących nieprawdziwych informacji, a konsekwencji niezastosowaniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy i unieważnieniem czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wykluczenia

Wykonawcy na tej podstawie, pomimo że Wykonawca podlegał wykluczeniu.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części i oddalenie odwołania oraz zasądzenie na rzecz skarżącego od przeciwnika skargi kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Przed przystąpieniem do merytorycznego rozpoznania zarzutów skargi rozstrzygnięciu podlega kwestia umocowania uczestników konsorcjum w postępowaniu skargowym.

W ocenie składu orzekającego dla ustalenia prawidłowego umocowania wystarczające jest pełnomocnictwo udzielone uczestnikom konsorcjum zgodnie z przepisem art. 23 ust. 2 pzp na potrzeby postępowania odwoławczego. Zgodnie bowiem, z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych, kwestionowanie zakresu umocowania lidera konsorcjum na etapie postępowania skargowego przed Sądem prowadziłyby przyjęcia, iż w postępowaniu skargowym występują inne podmioty, niż w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. W art. 16 ust. 1 i art. 23 ust. 2 pzp wskazany jest sposób udzielenia pełnomocnictwa i jego skuteczność w całym postępowaniu regulowanym ustawą prawo zamówień publicznych, stanowiącą również o możliwości skorzystania z postępowania skargowego w postępowaniu przed Sądem. Z tych względów art. 23 ust. 2 pzp statujący skuteczność pełnomocnictwa w całym postępowaniu przetargowym traktowany musi być jako przepis szczególny do przepisów kodeksu postępowania cywilnego dotyczący pełnomocnictwa. Tylko w zakresie nie uregulowanym przepisami ustawy prawo o zamówieniach publicznych zasadnym byłoby odwołanie się do przepisów kpc.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu naruszenia art. 191 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1 zd. drugie, art. 190 ust. 7 oraz art. 196 ust. 4 pzp, poprzez pominięcie przez Izbę nowych faktów i dowodów. Uwagi dotyczące powyższego zarzutu w równym stopniu będą odnosić się do wniosków dowodowych skarżącego zgłoszonych w skardze na okoliczność: zakresu usług rzeczywiście wykonanych przez przeciwnika skargi na rzecz Agencji Rynku Rolnego; że zakres usług rzeczywiście wykonanych przez przeciwnika skargi na rzecz Agencji Rynku Rolnego odbiegał od informacji podanej przez przeciwnika skargi w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz złożenia przez przeciwnika skargi w toku postępowania o udzielenie zamówienia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik przeprowadzonego postępowania.

W tym miejscu należy podkreślić specyfikę postępowania toczącego się zarówno na skutek odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, jak i skargi do Sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. W tej materii wypada zwrócić uwagę na kilka przepisów ustawy prawo

zamówień publicznych, które wprowadzają wyraźne ograniczenia zakresu rozpoznania sprawy w stosunku do typowego procesu cywilnego.

W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie, które powinno zawierać zwięźle przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy¹ czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy². Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp, KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu.

Jeszcze szersze ograniczenia zostały przewidziane w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi na orzeczenie KIO. Zgodnie z art. 198f ust. 4 pzp i art. 198d pzp, Sąd nie tylko nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania, ale również, w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami.

Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do decyzji o wykluczeniu opartej na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Oznacza to, że wyrok KIO podlega kontroli wyłącznie pod kątem podniesionych przez zamawiającego zarzutów. W toku postępowania przed Sądem również odwołujący nie można modyfikować czy powoływać nowych zarzutów wpl³iwając tym samym na zakres zaskarżenia. Tak więc zarzuty nie zgłoszone w odwołaniu nie mogą być w ogóle przedmiotem rozpoznania przez Sąd Okręgowy w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi. Z drugiej strony, co ważniejsze z punktu widzenia przedmiotowej sprawy, w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami. Przy tym art. 198d pzp, określający powyższą zasadę, dotyczy tak samo zamawiającego i wykonawcy.

Z punktu widzenia zamawiającego oznacza to, że nie może on zmieniać ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej

decyzji o wykluczeniu odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowania zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej, czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te, aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych.

Podsumowując, skoro odwołujący - wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie odwołującemu - wykonawcy przedstawienie zarzutów (art. 192 ust. 7 i art. 198f ust. 4 pzp) co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez zamawiającego, jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione, zaś zarzut naruszenia art. 191 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1 zd. drugie, art. 190 ust. 7 oraz art. 196 ust. 4 pzp, poprzez pominięcie przez Izbę nowych faktów i dowodów, należało uznać za niezasadny.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp i art. 7 ust. 1 pzp

polegającego na błędnej wykładni przesłanki wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania., Sąd Okręgowy uznał go za bezzasadny. W uzasadnieniu skargi skupiono się na podaniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji dotyczących zamówień wskazanych w pozycjach 23, 26 i 28 Wykazu Dostaw jako mogących mieć wpływ na wynik postępowania, z uwagi na możliwość zakwestionowania pozostałych zamówień.

Analizując potencjalną możliwość takiego wpływu nie można abstrahować od okoliczności konkretnej sprawy. Potencjonalny wpływ oznacza tyle co hipotetyczny. W takiej sytuacji należy sprawdzić czy przy zaistnieniu hipotezy o podaniu nieprawdziwych danych będą one mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła ocenę postępowania wykonawcy i w wyczerpujący sposób wskazała, że nieprawdziwe dane nie mogłyby mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż zamawiający nie zakwestionował pozostałych ośmiu zamówień, za które można było uzyskać dwa punkty. Natomiast zakładanie, że pozostałe zamówienia mogły zostać zakwestionowane jest, zdaniem Sądu Okręgowego, zbyt daleko idące i oderwane od stanu faktycznego spraw}'. Izba słusznie przyjęła, że wskazanie już

pięciu zamówień pozwalało na uzyskanie maksymalnej (10) liczby punktów w tym kryterium oceny. Potencjalny wpływ na wynik postępowania istniałby wówczas gdyby odwołujący w wyniku przedstawienia wcześniejszych robót nie uzyskałby maksymalnej liczby punktów. Nie oznacza to jednak, że wpływ na wynik postępowania byłby niejako automatyczny. Wynik postępowania przecież nie zależy tylko od postępowania odwołującego, ale również od oceny innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Przykładowo z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia gdyby odwołujący się, w związku z pominięciem części zamówień z uwagi na nieprawdziwe informacje, nie uzyskał maksymalnej liczby punktów, ale mimo wszystko i tak zdobyłby największą liczbę punktów w tym kryterium. Wbrew stanowisku skarżącego za jego stanowiskiem nie przemawia pogląd Sądu Okręgowego zacytowany w uzasadnieniu skargi, w którym stwierdzono, że wpływ istnieje nie tylko wtedy, gdy wykonawca składa nieprawdziwe informacje, bez których nie zakwalifikowałby się na listę wykonawców zaproszonych do dalszego udziału w postępowaniu, lecz zawsze wtedy, gdy nieprawdziwe informacje mają wpływ na ocenę wniosku wykonawcy (punktację). W świetle przytoczonego orzeczenia Sądu Okręgowego i rozważań KIO zawartych w zaskarżonym wyroku nie można uznać aby nieprawdziwe informacje mogły mieć wpływ chociażby na ocenę wniosku wykonawcy (punktację). Jak wskazano wyżej

odwołujący zdobył maksymalną liczbę punktów w danym kryterium.

W ocenie Sądu Okręgowego nie można zgodzić się z poglądem skarżącego, w którym

twierdzi, że wykonawca jako podmiot działający racjonalnie w celu uzyskania zamówienia, będzie podawać w składanej dokumentacji informacje, które zwiększają prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia, a zatem informacje, które mają wpływ na wynik postępowania, gdyż w przeciwnym wypadku składanie tych informacji nie miałoby sensu. Zdaniem Sądu błędny jest również pogląd skarżącego, że w takim przypadku mamy do czynienia z domniemaniem faktycznym, iż informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia ex definitione są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Takie twierdzenie pozostaje w jawnej sprzeczności z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, który mówi o rzeczywistym lub hipotetycznym wpływie nieprawdziwych informacji na wynik postępowania. Oznacza to, że taki wpływ musi zostać wykazany. Tymczasem pogląd skarżącego prowadzi do założenia, że każda nieprawdziwa informacja podana w toku postępowania, niezależnie od jej wagi, nie tyle może, co ma wpływ na

wynik postępowania. Ustawodawca natomiast wyraźnie wskazał, że muszą być to nie jakiekolwiek informacje nieprawdziwe, ale informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Musi więc istnieć, chociażby hipotetycznie, obiektywna zależność pomiędzy podaniem nieprawdziwych informacji a wynikiem postępowania. Tym samym w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przyjęcie domniemania faktycznego, iż wszelkie informacje składane są przez wykonawcę w

celu uzyskania zamówienia są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, jest w ogóle niedopuszczalne. Przepis ten nie stanowi, jak chciałby tego skarżący, dowolnie stosowanej sankcji za podawanie nieprawdziwych informacji, lecz sankcję, którą można zastosować jedynie w określonych przypadkach tj. w razie podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis ten ma bowiem chronić zarówno zamawiającego, jak i wykonawcę. Pen pierwszy może bronić się przed nierzetelnymi kontrahentami, zaś ten drugi przez bepodstawnym wykluczeniem z postępowania o udzielenie

zamówienia.

Z tych względów i na podstawie art. 198^fuat. 2 pzp, Sąd Okręgowy oddalił skargę PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. w Warszawie działającej w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie i PGE Obrót S.A. w Rzeszowie jako bezzasadną.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania uzasadnia treść art. 198^fuat. 5 pzp.