

Sąd Okręgowy w Krakowie  
Wydział XII Gospodarczy-Odwoławczy  
31-547 Kraków, ul. Przy Rondzie 7

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

2015 -03- 0 6 ' \

Sygn. aktl inst.; KIO 1770/14

WPLYNEŁO!

Sygn. akt: XII Ga 659/14

---

Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie  
ul. Postępu 17 A

02-676 Warszawa II

00198991

Sąd Okręgowy w Krakowie po oddaleniu skargi na wyrok® KIO  
zwraca dokumentację do sprawy KIO 1770/14.

Załączono 1 odpis orzeczenia z uzasadnieniem.  
W załączeniu dokumentacja: 3 skoroszyty.

Kraków, dnia 02/03/2015r.

PRZE  
Wydziału XII G  
Sądu O/ręg

Sygn. akt XII Ga 659/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 grudnia 2014 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy - Odwoławczy  
w następującym składzie:

Przewodniczący- Sędzia: SO Janusz Beim

Sędzia: SO Agata Pierożyńska

Sędzia: SO Beata Kozłowska-Sławęcka

Protokolant: st.sekr. sądowy Paweł Sztwierz

po rozpoznaniu w dniu 25 listopada 2014 r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum - Platan spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością spółka komandytowa w Sopocie i Nowatel spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumii

przy uczestnictwie Orange Polska Spółki Akcyjnej w Warszawie i

Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 września 2014 r. sygn. akt KIO 1770/14

I. oddała skargę;

II. zasądza od skarżącego Konsorcjum - Platan spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Sopocie i Nowatel spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumii na rzecz uczestnika Orange Polska Spółki Akcyjnej w Warszawie łącznie kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

### Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytet Jagielloński w Krakowie wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem było wyłonienie wykonawcy w zakresie zaprojektowania, dostawy i montażu systemu telekomunikacyjnego z wyposażeniem. Zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zawartym w pkt 5 ust 2 wykonawca musi posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym zamówieniem, które musi wykazać w formie załączonego do oferty wykazu głównych dostaw i oświadczenia, potwierdzonego poświadczeniami, referencjami lub odpowiednimi dokumentami uprzednich odbiorców, albo oświadczeniem wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczeń, że w ciągu ostatnich trzech lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, licząc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert, wykonał główne dostawy. Przez główne dostawy rozumie się zrealizowanie, co najmniej trzech dostaw systemów telekomunikacyjnych zawierających centrale i urządzenia telefoniczne, przy czym co najmniej jedna z wykazanych dostaw musiała obejmować system telekomunikacyjny o pojemności nie mniejszej niż 2000 numerów (abonentów), o wartości łącznej wykazanych trzech dostaw nie mniej niż 1000.000,00 zł.

W dniu 13 maja 2014r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej konsorcjum Platan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w Sopocie i Nowatel spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanych w dalszej części uzasadnienia

konsorcjum.

W dniu 23 maja 2014r. Orange Polska spółka akcyjna w Warszawie wniosła odwołanie na powyższą czynność zarzucając naruszenie:

- art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, zwanej w dalszej części uzasadnienia ustawą, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum, pomimo, iż nie potwierdziło ono spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- art. 26 ust 3 i 4 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów, bądź wyjaśnienie treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, pomimo sprzeczności oferty z treścią siwz.

Wyrokiem z dnia 06 czerwca 2014r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazała zamawiającemu w pierwszej kolejności wezwanie przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do wyjaśnienia wykazu głównych dostaw wykonawcy oraz załączonych dowodów, z kolei w drugiej kolejności nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia przywołanego wykazu wraz z dowodami, pod warunkiem, że z uzyskanych w pierwszej kolejności wyjaśnień będzie wynikało, iż przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia zgodnie z Rozdz. 5 ust. 2 SIWZ.

W dniu 25 sierpnia 2014r. zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum Platan spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w Sopocie i Nowatel spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumii.

W dniu 28 sierpnia 2014r. Orange Polska spółka akcyjna w Warszawie wniosła odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że konsorcjum w wykazie głównych dostaw oraz referencjach podało nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, mające wpływ na wynik postępowania,
- art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, przez wezwanie konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, mających zastąpić dokumenty zawierające nieprawdziwe informacje, a w dalszej konsekwencji uwzględnienie tak uzupełnionych dokumentów przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący domagał się unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia konsorcjum oraz dokonania ponownego wyboru.

Odwołujący wskazał, iż w wykonaniu wyroku z dnia 06 czerwca 2014r., zamawiający pismami z dnia 09 czerwca 2014r., 23 lipca 2014r. i 30 lipca 2014r. wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień. W ocenie odwołującego prowadzona korespondencja oraz poczynione ustalenia prowadzą do wniosku, iż konsorcjum w poz. 2-4 wykazu głównych dostaw podało nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania. Odnosząc się do poszczególnych pozycji odwołujący wskazał, iż odnośnie dostawy nr 2 zrealizowanej na rzecz Akademii Pomorskiej w Słupsku, konsorcjum podało, że projekt „Przebudowa i doposażenie laboratorium Edukacyjne Centrum Zarządzania Kryzysowego Akademii Pomorskiej w Słupsku”, obejmował system telekomunikacyjny zawierający centrale i urządzenia telefoniczne o wartości 2.482.140,00 zł, podczas gdy faktyczna wartość zrealizowanego zamówienia została zmniejszona na mocy aneksu o kwotę 83705,91 zł. Wobec powyższego wartość podana przez konsorcjum od początku była nieprawdziwa. Nadto w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2014r. konsorcjum podało, że w zakres dostawy wchodził system telekomunikacyjny zawierający centrale telefoniczne VoIP oraz urządzenia telefoniczne - radiotelefony bazowe, konsole dyspozytorskie, terminale i mostki wideokonferencyjne, telefony VoIP, systemy szkoleniowe i symulacji oparte o telefony programowe VoIP, podczas gdy z pisma Kanclerza Akademii Pomorskiej w Słupsku z dnia 07 sierpnia 2014r. oraz protokołu odbioru prac z dnia 07 lipca 2012r. wynika, iż w ramach realizowanego projektu nie zamawiano centrali telefonicznej wraz z urządzeniami telefonicznymi. W ocenie odwołującego niezgodność informacji podanych w wykazie głównych dostaw z rzeczywistym stanem rzeczy znajduje potwierdzenie w szeregu dokumentów dotyczących postępowania, z których wynika, iż przedmiotem zamówienia było uruchomienie platformy e-learningowej, doposażenie laboratorium w komputery, monitory, drukarki, telefon i oprogramowanie systemu zarządzania kryzysowego oraz dostawa mebli. Zdaniem odwołującego przedmiotem zamówienia nie był system telekomunikacyjny zawierający centrale i urządzenia telefoniczne, a tym samym informacje konsorcjum podane w wykazie głównych dostaw i wyjaśnieniach nie odpowiadają prawdzie.

Odnosnie dostawy nr 3 zrealizowanej na rzecz Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni odwołujący wskazał, iż konsorcjum podało, że projekt „zintegrowany symulator dowodzenia i prowadzenia działań w sytuacjach zagrożeń militarnych i pozamilitarnych na akwenach morskich” obejmuje system telekomunikacyjny zawierający centrale i urządzenia telefoniczne o wartości 1.494.000,00 zł. W wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2014r. konsorcjum podało, że w zakres dostawy wchodził system telekomunikacyjny zawierający centrale telefoniczne VoIP oraz urządzenia dyspozytorskie oraz skorygowało wartość systemu telekomunikacyjnego na kwotę 874.999,00 zł. W trakcie postępowania wyjaśniającego, zamawiający uzyskał informacje od Komendanta Portu Wojennego w Gdyni, iż w ramach zamówienia nie była dostarczana centrala telefoniczna wraz z urządzeniami telefonicznymi. Zdaniem odwołującego brak dostawy centrali telefonicznej wynika z dokumentów dotyczących przedmiotowego zamówienia. W szczególności zgodnie z treścią szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, przedmiot postępowania obejmował zakup, dostawę, montaż i uruchomienie sprzętu komputerowego i oprogramowania specjalistycznego do symulacji na

akwenach morskich dla 42 stanowisk. Zarówno z treści opisu przedmiotu zamówienia, oferty, umowy, jak i protokołu zdawczo - odbiorczego nie wynika, że zamówienie nie obejmowało systemu telekomunikacyjnego zawierającego centrale i urządzenia telefoniczne, a dostawę komputerowego systemu symulacji składającego się z 42 stanowisk szkolno - treningowych, co skutkuje przyjęcie, iż podane w wykazie dostaw głównych oraz wyjaśnieniach konsorcjum informacje nie odpowiadają prawdzie.

Odnosnie dostawy zrealizowanej na rzecz Centrum Szkolenia Marynarki Wojennej w Ustce odwołujący podał, iż konsorcjum wskazało, iż zamówienie na wytworzenie, dostawę oraz montaż symulatora radionamierzania obiektów w strefie morskiej, obejmuje system telekomunikacyjny zawierający centrale i urządzenia telefoniczne o wartości 430500,00 zł. W wykazie wskazano również, iż zamówienie zostało zrealizowane na rzecz Centrum Szkolenia Marynarki Wojennej w Ustce i od tej jednostki pozyskano list referencyjny. W wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2014r. konsorcjum potwierdziło, że zamówienie obejmowało centrale PABX oraz urządzenia telefoniczne. Tymczasem w wyniku postępowania wyjaśniającego zamawiający ustalił, że zamawiającym była Jednostka Wojskowa nr 4220 w Ustce, a nie jak błędnie podano Centrum Szkolenia Marynarki Wojennej w Ustce. Odwołujący wskazał, iż z treści protokołu odbioru przesłanego przez dowódcę jednostki, pisma z dnia 22 sierpnia 2014r. oraz umowy wynika natomiast, że zamówienie nie obejmowało jakichkolwiek central, co implikuje twierdzenie, iż przedmiotem zamówienia nie był system telekomunikacyjny zawierający centrale i urządzenia telefoniczne, lecz dostawa symulatora. Tym samym zdaniem odwołującego informacje podane w wykazie dostaw głównych nie odpowiadają prawdzie.

Odwołujący stwierdził, że postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez zamawiającego prowadzi do wniosku, iż w wykazie dostaw głównych pod poz. 2-4 oraz w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie umowy podano szereg nieprawdziwych informacji, których wpływ na wynik postępowania jest oczywisty, przy czym ich podanie ma charakter celowego, zawinionego i zamierzonego działania. W zaistniałej sytuacji dokumenty zastępujące dokumenty zawierające nieprawdziwe informacje złożone w następstwie wezwania z dnia 13 sierpnia 2014r., nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wyrokiem z dnia 11 września 2014r. w sprawie KIO 1770/14 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia konsorcjum oraz dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

W pisemnych motywach wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zostały wypełnione przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 ustawy, tj. posiadania interesu prawnego w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. W ocenie Izby zarzuty zaniechania wykluczenia konsorcjum zasługiwały na uwzględnienie, z tym, że zamawiający wykluczając przystępującego powinien powołać się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4, a nie jak wnosil odwołujący na przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zdaniem Izby zarówno zamawiający, jak i odwołujący nie wykazali, że konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Konsorcjum nie wykazało natomiast, że spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. W ocenie

Izby konsorcjum nie dowiodło, że dostawy ujęte w poz. 2 - 4 wykazu odnoszą się do centrali i urządzeń telefonicznych. Zdaniem Izby ze złożonych dokumentów wynika, iż konsorcjum nie próbowało złożyć nieprawdziwych informacji, a jedynie błędnie rozumiało warunek. Zdaniem Izby nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, poprzez wezwanie konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, albowiem odwołujący nie wykazał, że konsorcjum podało nieprawdziwe informacje. Zdaniem Izby przyjęcie tezy odmiennej skutkowałoby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Nadto wezwanie do uzupełnienia oferty wynikało z wyroku KIO z dnia 06 czerwca 2014r. Konkludując Izba stwierdziła, iż zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Wyrok został zaskarżony skargą przez konsorcjum w oparciu o art. 198 a w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy. Skarżący zarzucił naruszenie:

- art. 227 kpc i 233 § 1 kpc w zw. z art. 13 § 1 i 2 kpc w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy, poprzez pominięcie przy rozstrzygnięciu dowodu z dokumentu w postaci wykazu wykonanych dostaw z dnia 14 sierpnia 2014r., złożonego przez skarżącego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2014r., a zawierającego dziewięć dostaw, z których jedynie pięć było wymienionych w złożonym wraz z ofertą wykazie dostaw, zaś pozostałe były dostawami nowymi w oczywisty sposób potwierdzającymi spełnienie warunku udziału oraz protokołów odbioru bezusterkowego przedmiotowych dostaw. W konsekwencji skarżący zarzucił sprzeczne ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym ustalenie, że skarżący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i nakazanie dokonania wykluczenia skarżącego z udziału w postępowaniu wskutek nieprawidłowego przyjęcia, że skarżący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- art. 192 ust. 7 ustawy poprzez wydanie orzeczenia w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy, który nie został podniesiony we wniesionym odwołaniu,
- art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy, poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przez zaniechanie odrzucenia odwołania jako wniesionego po upływie terminu, a także z uwagi na fakt, że dotyczy czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z treścią wyroku Izby,
- art. 192 ust. 2 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie w sytuacji braku wykazania przez odwołującego i zamawiającego naruszenia wskazanych w treści odwołania przepisów ustawy.

W oparciu o tak podniesione zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania skargowego i odwoławczego.

Przeciwnik skarżącego - Orange Polska spółka akcyjna w Warszawie wniosła o oddalenie skargi za przyznaniem kosztów postępowania. Oddalenia skargi domagał się również zamawiający.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest niezasadna, a podniesione w niej zarzuty w ostatecznym wyniku nie mogą podważyć prawidłowości rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z art. 198a pkt 2 ustawy do postępowania wywołanego wniesieniem skargi mają odpowiednio zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, chyba, że przepisy ustawy stanowią inaczej. Z kolei jedyną odrębnością wynikającą z ustawy jest brak możliwości uchylenia przez sąd skargi i skierowania sprawy do ponownego rozpoznania. W pozostałym zakresie wszystkie przepisy o apelacji mają zastosowanie do postępowania skargowego. Wszystkie nadzwyczajne środki zaskarżenia jak np. skarga o wznowienie, czy skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego, ukierunkowane są na badanie legalności orzeczenia, a nie prawidłowości rozstrzygnięcia. Tymczasem przepisy regulujące skargę wskazują, iż sąd stanowi drugą instancję merytoryczną, w której następuje ponowne badanie sprawy. Sąd bada, zatem zasadność odwołania jak sąd II instancji. Celem skargi jest, zatem ponowne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu. Ratio legis dla tak pojmowanej instytucji skargi wyznaczają nadto standardy prawa europejskiego, a to art. 2 ust. 8 i 9 dyrektywy 89/665/EWG, który zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia odwołania do sądu od orzeczenia niesądowego organu odwoławczego. W konsekwencji przyjąć należy, iż do postępowania ze skargi odnosi się zasada pełnej apelacji, co z kolei implikuje twierdzenie, iż sąd uprawniony jest do pełnej merytorycznej kontroli orzeczenia. W związku z powyższym niezależnie od zarzutów podniesionych w skardze, przedmiotem badania sądu są również zarzuty zgłoszone w odwołaniu. Kierując się powyższą zasadą, mając na względzie zakres odwołania i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Sąd Okręgowy nie podziela zarzutów skargi.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, za bezzasadny należało ocenić zarzut zaniechania odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy, który stanowi, że odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli m.in. zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie oraz dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zasadą jest, iż odwołujący nie może dwukrotnie w jednym postępowaniu wnieść odwołania, powołując się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania. Zauważyć należy, iż odwołanie wniesione przez

Orange Polska spółkę akcyjną w sprawie o sygn. akt KIO 1040/14 dotyczyło braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu i odnosiło się do dokumentów przedłożonych przez skarżącego wraz z ofertą. Tymczasem zarzuty objęte odwołaniem wniesionym w niniejszej sprawie dotyczyły podania w ofercie informacji nieprawdziwych, a ich zgłoszenie warunkowane było ujawnieniem faktów i dowodów w wyniku postępowania wyjaśniającego przeprowadzonego po ogłoszeniu wyroku z dnia 06 czerwca 2014r. Zarzuty i argumentacja drugiego odwołania zostały bowiem oparte na informacjach, których przeciwnik skarżącego nie posiadał w terminie do wniesienia pierwszego odwołania. Słusznie, zatem zauważa przeciwnik skarżącego, że dopiero brak uwzględnienia wyników postępowania wyjaśniającego w ogłoszeniu o rozstrzygnięciu postępowania w sprawie zamówienia publicznego uzasadniał zasadność wniesienia odwołania. Należy zauważyć, iż okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z

postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 aktualizują się dopiero po dowiedzeniu się o podaniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Pozbawiony podstaw jest także zarzut naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 7 ustawy, sprowadzający się do stwierdzenia, iż Izba w zaskarżonym wyroku wyszła poza zarzuty odwołania, albowiem przeciwnik skarżącego w odwołaniu wskazał na naruszenie przez zamawiającego normy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez uwzględnienie przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokumentów, które miały zastąpić dokumenty zawierające nieprawdziwe informacje, co w konsekwencji implikowało twierdzenie o niespełnieniu warunku, o którym mowa w cytowanym przepisie. Skoro przeciwnik skarżącego w odwołaniu wskazywał, iż przy ponownej ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie powinny być brane pod uwagę dokumenty, które miały zastąpić dokumenty zawierające nieprawdziwe informacje, wprost wskazując na normę art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, to tym samym twierdził, iż w konsekwencji skarżący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Skoro przeciwnik skarżącego powołał normę art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a zatem okoliczności objęte dyspozycją tego przepisu były objęte odwołaniem. Niewątpliwie zarzut naruszenia normy art. 24 ust. 2 pkt 4 wynika z treści zarzutów, które nie mogą być odczytywane w sposób tak zawężający, jak czyni to skarżący. Treść zarzutów odwołania zdaniem sądu nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, co z kolei czyni zarzut naruszenia powołanej normy bezzasadnym.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 227 kpc i 233 § 1 kpc w zw. z art. 13 § 1 i § 2 kpc w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy, zgodzić należy się ze skarżącym, iż przyjmując za podstawę rozstrzygnięcia normę art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, tym samym wykluczając spełnienie przesłanek normy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, KIO przy ocenie spełnienia warunków udziału w sposób nieuprawniony pominęło dowód z pisma z dnia 14 sierpnia 2014r. złożonego przez skarżącego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2014r. do uzupełnienia dokumentów, a stanowiące wykaz nowych dostaw. Tym niemniej kierując się zasadą pełnej apelacji przy rozpoznaniu skargi, Sąd Okręgowy przy ponownym badaniu sprawy w granicach odwołania, doszedł do przekonania, że pomimo tego naruszenia wyrok odpowiada prawu, albowiem w sprawie zaistniały przesłanki wykluczenia skarżącego, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, będącym podstawą wniesionego odwołania.

W odwołaniu od wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucono naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum pomimo tego, że w wykazie dostaw głównych oraz referencjach podało nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy poprzez wezwanie konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków, mających zastąpić dokumenty zawierające nieprawdziwe informacje, a w dalszej kolejności uwzględnienia ich przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien posiadać odpowiednią wiedzę i doświadczenie, a także dysponować potencjałem technicznym. Zamawiający konkretyzuje warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia odnosząc go do zamawianej dostawy, przy czym niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć, jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień. Należy

przez to rozumieć, iż wykonawca powinien udowodnić niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. W tym kontekście nie można zgodzić się ze stanowiskiem skarżącego, że dostawa urządzeń mogących pełnić rolę poszczególnych elementów systemu telekomunikacyjnego dowodzi spełnienia warunku w postaci wykazania dostawy systemu telekomunikacyjnego zgodnie z definicją zawartą w wyroku z dnia 06 czerwca 2014r. W okolicznościach niniejszej sprawy wykazanie się niezbędnym doświadczeniem i wiedzą do wykonania przedmiotu zamówienia, to wykazanie się dostawami systemów telekomunikacyjnych zawierających centrale i urządzenia telefoniczne, gdyż tylko takie dostawy potwierdzały niezbędną praktykę odpowiadającą rodzajowo przedmiotowi zamówienia. Skoro zatem w niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia jest system telekomunikacyjny zawierający centrale i urządzenia telefoniczne o określonej pojemności, to niezbędną wiedzą i doświadczeniem wykonawcy jest wiedza i doświadczenie właśnie w dostawie takich systemów, a nie jakichkolwiek systemów w oparciu o urządzenia mogące pełnić taką funkcję.

Zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca zobligowany był do wykazania ich w formie wykazu głównych dostaw i oświadczenia, potwierdzonego referencjami odbiorców, z tym, że przez główne dostawy rozumie się dostawy systemów telekomunikacyjnych zawierających centrale i urządzenia telefoniczne. Skarżąca przedstawiła pięć dostaw, z których trzy zostały zakwestionowane, jako niespełniające warunku: a to: na rzecz Akademii Pomorskiej w Słupsku, Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni oraz Centrum Szkolenia Marynarki Wojennej w Ustce. Przedmiotem zamówień, w ramach których nastąpiła realizacja dostaw było odpowiednio:

- opracowanie, wykonanie, wdrożenie i serwisowanie platformy e-learningowej, dostawa i uruchomienie serwera, stanowisk komputerowych i niezbędnego oprogramowania w ramach projektu Przebudowa i doposażenie laboratorium
- Edukacyjne centrum zarządzania kryzysowego Akademii Pomorskiej w Słupsku podnoszące jakość kształcenia studentów kierunku bezpieczeństwo narodowe,
- zintegrowany symulator dowodzenia i prowadzenia działań w sytuacjach zagrożeń militarnych i pozamilitarnych na akwenach morskich,
- wytworzenie, dostawa oraz montaż symulatora radionamierzania w strefie morskiej.

Przedmiotem tych dostaw nie był, zatem system telekomunikacyjny zawierający centrale telefoniczne i urządzenia telefoniczne o funkcjonalności przewidzianej zamówieniem, lecz system, który w istocie zawierał jedynie urządzenia mogące pełnić taką rolę i przy odpowiedniej konfiguracji pełnić funkcję systemu telekomunikacyjnego o przeznaczeniu odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. O ile można zgodzić się, że na etapie składania ofert opis warunków udziału mógł budzić wątpliwości interpretacyjne, o tyle po wyroku KIO z dnia 06.06.2014r. o takich wątpliwościach nie mogło już być mowy, w szczególności, iż intencja zamawiającego wynikała z treści pism i wezwań do złożenia wyjaśnień, a nadto w uzasadnieniu wyroku została zawarta na potrzeby przedmiotowego zamówienia definicja systemu telekomunikacyjnego, przez który należało rozumieć system telekomunikacyjny zawierający centrale i urządzenia telefoniczne, a nie

j akiejkolwiek centrale telekomunikacyjne, czy też j akiejkolwiek inne. Tymczasem skarżąca w odpowiedzi na dwukrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień podtrzymała dotychczasowe stanowisko, co do spełnienia warunku odnośnie trzech zakwestionowanych dostaw, podczas gdy z informacji uzyskanych od ich odbiorców wynikała okoliczność zgoła odmienna, a w szczególności, iż ich przedmiotem nie była dostawa central telefonicznych. W tym kontekście sytuacyjnym informacje udzielane przez skarżącego należało ocenić już, jako nieprawdziwe, czyli niezgodne z rzeczywistością, szczególnie, że na tym etapie postępowania, skarżący nie mógł już zasłaniać się odmienną interpretacją warunków zamówienia, co do wiedzy i doświadczenia. Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia na tym etapie został już na tyle skonkretyzowany, iż nie budził jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, szczególnie dla podmiotu profesjonalnie świadczącego usługi danego rodzaju. Trudno również w kategorii omyłki redakcyjnej ocenić podanie wartości kwestionowanych dostaw, czy jako błędu pominięcie aneksu do jednej z umów dotyczącego wartości zamówienia. Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy. Kryterium ocennym jest wpływ informacji na wynik postępowania. Informacje mają wpływ na wynik postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełnienia warunku udziału, a tym samym możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą. Zdaniem Sądu niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć, jako potwierdzenie w praktyce posiadanych umiejętności w zakresie wykonania danego rodzaju zamówienia, a tego wprost nie dowodziły zakwestionowane dostawy. Dokumenty przedstawione na potwierdzenie spełnienia warunków udziału winny w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego. W realiach niniejszej sprawy procedura uzupełnienia dokumentów określona w art. 26 ust 3 ustawy została wyczerpana, a wykonawca nie przedstawił dokumentów, które potwierdzałyby w sposób niezbity spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego. Nadto w kontekście oświadczeń uzyskanych w toku procedury wyjaśniającej nie sposób przyjąć, by były one złożone w wyniku błędnej interpretacji. Skoro tak, to brak było podstaw do żądania w trybie art. 26 ust 4 nowego wykazu, albowiem nie można zastąpić informacji nieprawdziwych prawdziwymi, zwłaszcza, iż tezę o nieprawdziwych informacjach można było postawić dopiero na podstawie dokumentów ujawnionych po wydaniu wyroku z dnia 06.06.2014. Podanie nieprawdziwych informacji wywołuje skutek w postaci wykluczenia wykonawcy, bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentu obarczonego błędami w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, który można sanować. W ocenie Sądu wyniki postępowania wskazują, iż skarżący złożył nieprawdziwe informacje, co do spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia odnośnie kwestionowanych dostaw. Art. 26 ust. 4 ustawy przewiduje możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, które mają służyć rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych treści dokumentów. Jeżeli procedura naprawcza wykaże, iż podane informacje nie odpowiadają rzeczywistości, brak jest podstaw do wdrożenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy. Dokumenty przedstawione na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego. Dokumenty te nie mogą pozostawiać wątpliwości interpretacyjnych, czy zawierać treści sprzecznych z rzeczywistym stanem

rzeczy . Uznać, zatem należało, iż procedura uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 została wyczerpana, a wykonawca nie przedstawił dokumentów, które potwierdzały w sposób niezbity spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe prawidłowym było przyjęcie, iż zamawiający nie spełnił warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia i winien był podlegać wykluczeniu, przy czym w stosunku do skarżącego zachodziła przesłanka z art. 24 ust 2 pkt 3. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nieprawidłowa ocena ofert - jak to miało miejsce w realiach niniejszej sprawy - ze swej istoty musi być traktowana, jako uchybienie mające istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem skutkiem jej doszło do wyeliminowania oferty podmiotu mającego interes w uzyskaniu danego zamówienia.

Z tych też względów zaskarżony wyrok odpowiada prawu, a skarga nie może odnieść zamierzonego skutku i podlegała oddaleniu na zasadzie art. 385 kpc w zw.z art. 198a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono przyjmując za podstawę rozstrzygnięcia wyrażoną w art. 98 kpc zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania.