

Sygn. akt: KIO/UZP 1161/09

**WYROK**

**z dnia 28 września 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Jankowska**

**Członkowie: Marek Koleśnikow**

**Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - ECM Group Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25** protestu z dnia 22 lipca 2009 r.

przy udziale **SAFEGE Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, 00-410 Warszawa, ul. Solec 22** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - ECM Group Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - ECM Group Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - ECM Group Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-338 Warszawa, ul. Julianowska 13.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zarządzanie kontraktem w zakresie budowy: „Budowa obwodnicy Żyrardowa w ciągu drogi krajowej nr 50 odcinek: od km 0+000,00 do km 15+100,00”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie w ramach projektu unijnego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 22 lipca 2009 roku wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa oraz ECM Group Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa (konsorcjum ZBM) wnieśli protest na czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia konsorcjum ZBM z udziału w postępowaniu, o których powzięli wiadomość w dniu 13 lipca 2009 roku.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie powyższymi czynnościami:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - polegające na niezasadnym wykluczeniu protestującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji nie mających wpływu na wynik postępowania;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 ustawy Pzp - polegające na braku wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mimo że oferta protestującego nie podlega odrzuceniu.

Protestujący podniósł, iż jego interes prawny został naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta protestującego zawiera najniższą cenę, a jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu była cena, w związku z czym oferta protestującego powinna być uznana za najkorzystniejszą. Natomiast wykluczenie protestującego z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania niniejszego zamówienia.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanych w dniu 13 lipca 2009 r.;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia protestującego;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty protestującego.

W uzasadnieniu protestujący wskazał, że w dniu 13 lipca 2009 r. zamawiający dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Zarządzanie kontraktem w zakresie "Budowy obwodnicy Żyrardowa w ciągu drogi krajowej nr 50 odcinek: od km 00+000,00 do km 15+100,00" w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie w ramach projektu unijnego, znak postępowania 44/2009. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy SAFEGE S.A. Konsorcjum ZBM zostało wykluczone z udziału w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W ocenie zamawiającego Konsorcjum ZBM złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Informacje te dotyczyły doświadczenia Pana Zdzisława B., wskazywanego przez protestującego na stanowisko Inżyniera Rezydenta ds. Robót Drogowych. W ofercie wskazano, że pełnił on obowiązki Inżyniera Rezydenta nad kontraktem pn. Modernizacja Alei Jerozolimskich, Odcinek Rondo Zesłańców Syberyjskich do wiaduktu nad torami PKP o wartości robót 52 mln PLN netto. Zamawiający wymagał, aby osoba wskazywana na stanowisko Inżyniera Rezydenta nadzorowała co najmniej dwie roboty o wartości min. 50 mln PLN netto każda (pkt 6.2.2.1 IDW). Zamawiający, dysponując informacją o tym, że wartość netto kontraktu Modernizacja Alei Jerozolimskich, Odcinek Rondo Zesłańców Syberyjskich do wiaduktu nad torami PKP wynosi 38.021.842,32 zł, pismem z dnia 6 lipca 2009 r. wezwał Konsorcjum ZBM do złożenia wyjaśnień dotyczących wartości w/w kontraktu. W wyjaśnieniach z dnia 7 lipca 2009 r. protestujący wskazał, że wartość kontraktu realizowanego przez p. Zdzisława B. została podana na podstawie informacji opublikowanych na stronie internetowej Zarządu Dróg Miejskich, który szacował koszt inwestycji na kwotę 61 mln zł brutto, co daje kwotę ponad 50 mln PLN netto. Ponadto, informacja o wartości robót przekraczających 50 mln netto została przekazana przez samego Pana Zdzisława B. W wyjaśnieniach protestujący wskazywał, że informacja o wartości kontraktu nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału kadrowego, na dowód czego zaproponował na stanowisko Inżyniera Rezydenta ds. Robót Drogowych kandydaturę Pana Wojciecha P. wraz z pełną dokumentacją. Zamawiający uznał jednak, że w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji nie ma możliwości wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i podjął decyzję o wykluczeniu protestującego.

W ocenie protestującego zamawiający, wykluczając go z postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przesłanką wykluczenia wykonawcy jest złożenie przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Nie wszystkie nieprawdziwe informacje, które zostaną podane przez wykonawcę powodują automatyczne wykluczenie go z postępowania. Chodzi tylko o takie informacje, które mają wpływ na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania należy z kolei oceniać nie tylko przez pryzmat

wagi danej informacji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, lecz również z uwzględnieniem przepisu stanowiącego, że oświadczenia i dokumenty zawierające błędy mogą być przez wykonawcę uzupełniane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Co więcej, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę, który nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub który je złożył, ale zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Dlatego przy ocenie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było celowym działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki, czy też błędnych informacji posiadanych przez samego wykonawcę.

Protestujący na uzasadnienie swojego stanowiska powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: wyrok z dnia 2 lipca 2009 roku (KIO/UZP 766/09), gdzie KIO orzekła, iż „zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP, dokonując oceny dokumentów i oświadczeń w złożonej ofercie, w pierwszej kolejności powinien wykluczyć, iż przedłożone dokumenty i oświadczenia nie są skutkiem błędnej interpretacji np. SIWZ zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego, czy też omyłki, a także jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie - w przekonaniu 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”. Jeśli zatem informacje nieprawdziwe zostały złożone przez wykonawcę omyłkowo to wówczas mamy do czynienia z dokumentem lub oświadczeniem zawierającym błąd, co do którego należy zastosować instytucję wezwania do uzupełnienia z art. 26 ust. 3 Pzp. Ciężar udowodnienia przy tym okoliczności świadczących o umyślnym wprowadzeniu zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia ciąży na zamawiającym (art. 6 k.c.). Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 2 lipca 2009 r. cytowanym powyżej, "dokonując ustaleń, co do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP jako podstawy wykluczenia z postępowania, zamawiający nie może również pomijać, wywodzącej się z prawa karnego zasady prawnej *in dubio pro reo*". Oznacza to, że zamawiający, dokonując oceny wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania nie może zakładać, że zostały one podane w celu bezprawnego uzyskania zamówienia, gdyż w rzeczywistości wykonawca je składający nie spełniłby warunku udziału w postępowaniu. Stanowi to poważne oskarżenie wobec wykonawcy i nie ma uzasadnienia w okolicznościach sprawy, w których wykonawca zorientowawszy się o swojej pomyłce co do doświadczenia osoby wskazanej na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania osobami przedkłada natychmiast dokument świadczący o tym, że wykonawca dysponuje odpowiednią osobą. Fakt, że protestujący już w wyjaśnieniach samoistnie przedstawił nową kandydaturę osoby

spełniającej wymogi zamawiającego świadczy po pierwsze o tym, że nieprawdziwe informacje podane co do osoby Pana Zbigniewa B. nie mają wpływu na wynik postępowania, gdyż protestujący w istocie spełnia warunek udziału w postępowaniu, a po drugie świadczy o braku celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd w zamiarze bezprawnego uzyskania zamówienia. W sytuacji bowiem, gdy protestujący dysponuje innymi osobami spełniającymi wymogi SIWZ, podanie nieprawdziwych informacji jest bezcelowe, pozbawione "motywu". Nikt rozsądnie myślący nie narażałby się bowiem na zarzut popełnienia przestępstwa i przy okazji ryzyko wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, skoro spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dlatego oskarżanie protestującego o celowe wprowadzanie zamawiającego w błąd, aby uzyskać zamówienie, pozbawione jest podstaw logicznego myślenia. Protestujący podkreślił, iż wykluczenie go z powodu błędnego podania informacji dotyczących doświadczenia osoby w wykazie osób, bez wezwania do uzupełnienia wadliwego wykazu, powoduje naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nierównym traktowaniem jest bowiem wzywanie do uzupełnienia dokumentów wykonawcę, który w ogóle nie złożył dokumentów, a brak wezwania wykonawcy, który złożył dokument zawierający błąd.

Art. 26 ust. 3 Pzp zwalnia z obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jedynie wtedy, gdy pomimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo postępowanie unieważnieniu. Katalog przesłanek wykluczenia zawiera art. 89 ust. 1 Pzp. Nie ma wśród nich przesłanki złożenia nieprawdziwych informacji. Art. 24 ust. 4 Pzp nakazuje uznać ofertę wykonawcy wykluczonego za odrzuconą, nie wypełnia to jednak dyspozycji podlegania odrzuceniu przez ofertę, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Oznacza to, że również w sytuacji złożenia informacji nieprawdziwych zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Protestujący wskazał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 roku (KIO/UZP 278/09) oraz z dnia 21 sierpnia 2008 roku (KIO/UZP 814/08).

Pismem z dnia 28 sierpnia 2009 roku zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu stwierdził, że podane w ofercie protestującego informacje dotyczące wartości kontraktu oraz wymaganego doświadczenia osoby p. Z. B. były informacjami nieprawdziwymi. Bezspornym jest również fakt, że od ww. nieprawdziwych informacji zależał udział protestującego w postępowaniu, a także wynik tego postępowania. Nieprawdziwe informacje bowiem bezpośrednio przekładały się na dokonywaną przez zamawiającego ocenę spełniania wymaganych warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W praktyce udzielania zamówień publicznych dokumenty i oświadczenia składane wraz z ofertą przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego stają się oświadczeniem jego woli i wiedzy. Dlatego też wykonawca składając ofertę oraz wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty ma bezwzględny obowiązek

poddać wnikliwej ocenie i weryfikacji wszystkie informacje w nich zawarte. Choć ustawa Pzp pozwala (art. 26 ust. 3) na naprawienie niektórych "niedoskonałości" występujących w składanych przez wykonawcę dokumentach i oświadczeniach to jednak nie zwalnia to wykonawcę z rzetelnego i z zachowaniem należytej staranności przygotowania oferty oraz przedstawienia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, oświadczeń mających potwierdzać spełnianie postawionych warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne.

W przedmiotowym postępowaniu protestujący złożył ofertę nie stosując się do powyższych praktyk. Protestujący w złożonym proteście stara się dowieść, że " (...) Nie wszystkie nieprawdziwe informacje, które zostaną podane przez wykonawcę powodują automatycznie wykluczenie go z postępowania. Chodzi tylko o takie informacje, które mają wpływ na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania należy z kolei oceniać nie tylko przez pryzmat wagi danej informacji na spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, lecz również z uwzględnieniem przepisu stanowiącego, że oświadczenia i dokumenty zawierające błędy mogą być przez wykonawcę uzupełniane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (...)" . Zamawiający nie zgodził się z taką argumentacją. Protestujący zapomina, jakie są przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp oraz jakie dokumenty i oświadczenia podlegają procedurze z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca wyraźnie rozdzielił przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp) od przesłanek wykluczenia wykonawcy w przypadku niezłożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub gdy złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Dlatego też w sytuacji, gdy mamy do czynienia z podaniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek zastosować przepis z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który w odróżnieniu od art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - nie zawiera zastrzeżenia odsyłającego do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym jako błędne należy uznać twierdzenie protestującego o możliwości, a nawet obowiązku zastosowania przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie instytucji uzupełnienia dokumentów i oświadczeń z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wynika to także z faktu, iż protestujący:

- a) przedstawił wymagane dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- b) dokumenty te nie zawierały żadnych błędów w świetle wymogów spełniania warunków udziału w postępowaniu, tym samym nie wystąpiły okoliczności przewidziane w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które pozwoliłyby na jego zastosowanie.

Zamawiający wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2009 roku (KIO/UZP 99/09), w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż przyjęcie poglądu, że

stwierdzenie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania skutkować winno zastosowaniem trybu wskazanego w art. 26 ust 3 Pzp., prowadziłoby do wniosku, że wykluczenie wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nastąpić może wyłącznie w sytuacji, gdy informacje złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego również są nieprawdziwe, zatem dopiero po dwukrotnym złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Pogląd taki nie znajduje oparcia w treści art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. i stoi w sprzeczności z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z literalnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. wynika, że podanie nieprawdy w dokumentach nie może być uważane za błąd lub brak złożenia dokumentów". Protestujący przytacza w proteście szereg wyroków KIO, w wyniku których stara się udowodnić, że przy rozpatrywaniu kwestii podania informacji nieprawdziwych przez wykonawcę, zamawiający winien brać pod uwagę kwestie winy wykonawcy, tj. czy była to wina umyślna czy też wynikało to z jego błędu, pomyłki bądź niedbalstwa, co w konsekwencji winno prowadzić do zakwalifikowania podanych informacji nieprawdziwych jako dokumentów zawierających błędy. Jednak i w tym zakresie argumentacja protestującego nie zasługuje na uznanie. W wyroku KIO z dnia 10 czerwca 2009 r. (KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, 679/09) skład orzekający Izby jednoznacznie stwierdził, iż" ( ..) Prawo zamówień publicznych nie rozróżnia skutków podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo), dlatego też nie ma znaczenia, że wykonawca nie miał zamiaru podawać nieprawdziwych informacji; dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja, mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości (..)".

W dniu 7 sierpnia 2009 roku pismem złożonym w polskiej placówce operatora publicznego konsorcjum ZBM wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymało zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście.

Do postępowania toczącego się w wyniku złożenia odwołania po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca SAFEGE S.A. Parc de l'Île, 15-27 Rue du Port, 92000 Nanterre, Francja.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę**



**wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego się zawiera bowiem najniższą cenę i w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

W przedmiotowej sprawie bezspornym jest, iż odwołujące się konsorcjum podało w ofercie nieprawdziwe informacje na temat doświadczenia Pana Z. B. dotyczące wartości nadzorowanego przez niego kontraktu „Modernizacja Alej Jerozolimskich, odcinek Rondo Zesłańców Syberyjskich do wiaduktu nad torami PKP, gdzie podano, iż wartość ta wynosiła 52 mln zł, podczas gdy w rzeczywistości było to 38.021.842,32 zł. Fakt ten spowodował wykluczenie konsorcjum ZBM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe dane mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. niezbędne jest wobec tego łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Wystąpienie pierwszej ze wskazanych przesłanek ma charakter bezsporny. Odwołujący się potwierdził bowiem, iż złożona informacja dotycząca wartości wskazanego kontraktu, była informacją nieprawdziwą.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu zaszła również druga ze wskazanych przesłanek. Informacja ta dotyczyła bowiem wykazania, iż odwołujący się ma wymagane przez zamawiającego doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia. Fakt wykazania żądanego doświadczenia był jednym z elementów, niezbędnych do uznania, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Posiadanie wymaganego doświadczenia determinowało więc udział odwołującego się w postępowaniu, co w przypadku, gdy odwołujący się zaoferował najkorzystniejszą cenę, w oczywisty sposób wpływało na wynik postępowania. Niewykazanie żądanego doświadczenia spowodowałoby bowiem, iż oferta odwołującego się nie byłaby w ogóle oceniana. Trudno tym samym stwierdzić, iż informacja o posiadaniu stosownego doświadczenia przez wykonawcę, który zaoferował cenę najniższą, nie ma wpływu na wynik postępowania, skoro między innymi od informacji tej zależy, czy oferta ta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Izba nie podzieliła tu stanowiska odwołującego się, iż w sytuacji, gdy przedstawił on informację nieprawdziwą, mającą wpływ na wynik postępowania, zamawiający – stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – winien wezwać go do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, których dotyczyła informacja nieprawdziwa.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany wezwać do złożenia oświadczeń i dokumentów tych wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy. Ustawodawca nie utożsamia jednak błędów zawartych w złożonych dokumentach i oświadczeniach od nieprawdziwych informacji zawartych w ofercie wykonawcy. Wskazuje na to treść art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, który rozróżnia informacje nieprawdziwe (wskazane w pkt 2) od dokumentów zawierających błędy (pkt 3).

Redakcja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 nie pozostawia wątpliwości, co do tego, iż w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuuje obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych.

Norma art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. ma charakter imperatywny. Zamawiający nie może zaniechać zastosowania przywołanego przepisu, gdy wykonawca złoży oświadczenie, że nieprawdziwe informacje pochodziły od osoby, którą wskazał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają, żadnej przesłanki ekskulpacyjnej, na którą w takiej sytuacji mógłby powołać się wykonawca wobec zamawiającego. Wykonawcy składając ofertę oraz oświadczenia i dokumenty wymagane przez Zamawiającego, zawarte w nich informacje czynią treścią oświadczenia, które składają zamawiającemu w imieniu własnym. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga aktów staranności na każdym etapie, w szczególności przy przygotowywaniu oferty i wymaganych zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp oświadczeń i dokumentów. Skład orzekający Izby w pełni podziela tu stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2009 roku (KIO/UZP 99/09).

Należy zwrócić uwagę, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie uzależnia wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, od wykazania winy tego wykonawcy. Zamawiający nie ma, w ocenie Izby, obowiązku ustalania, czy działanie wykonawcy ma charakter zawiniony, czy też nie.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż czynność wykluczenia odwołującego się z postępowania nie nosiła cech bezprawności. Tym samym należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....