

**WYROK**

**z dnia 29 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **Stowarzyszenie Opiekuńcze Nadzieja z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Wawer m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Fundacja Zdrowie z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Stowarzyszenie Opiekuńcze Nadzieja z siedzibą w Lublinie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Stowarzyszenie Opiekuńcze Nadzieja z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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:**

## Uzasadnienie

Odwołujący - Stowarzyszenie Opiekuńcze Nadzieja z siedzibą w Lublinie - wniósł odwołanie od czynności zamawiającego - Ośrodka Pomocy Społecznej Dzielnicy Wawer m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie, polegającej na dokonaniu wyboru oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez uczestnika postępowania odwoławczego - Fundacja ZDROWIE z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług wchodzących w zakres świadczeń pomocy społecznej określonych w art. 50 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 12 marca 2004 roku (Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1362, z późn. zm.), tj. świadczenie usług opiekuńczych: gospodarczych i pielęgnacyjnych dla ok. 330 podopiecznych, średnio w miesiącu 225 podopiecznych Ośrodka Pomocy Społecznej Dzielnicy Wawer m. st. Warszawy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15.11.2011 r. S219, 2011/S 219-356477.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej ustawą:

- 1) art. 7 ust. 1,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy,
- 3) art. 24 ust. 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy,
- 4) art. 91.

W związku z tym, że interes odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Fundację Zdrowie z siedzibą w Warszawie oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wybór oferty odwołującego - jako najkorzystniejszej. Oferta odwołującego jest drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertą, spośród wszystkich ważnych i nieodrzuconych ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że po zapoznaniu się z wybraną ofertą stwierdził że wykonawca winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy, który stanowi, iż „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również

którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”.

Zamawiający określił w SIWZ, że na potwierdzenie spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, zamawiający wymaga: dla osób świadczących pracę pielęgniarki lub opiekunki - świadectwa ukończenia kursu specjalistycznego wydanego przez jednostkę posiadającą zgodę Ministerstwa na prowadzenie kursów dających uprawnienia do świadczenia usług opiekuńczych. Dopuszczalne jest przeszkolenie prowadzone przez Wykonawcę z wpisany na zaświadczeniu tematami szkoleniowymi. Zamawiający określił również, iż na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający wymagał:

wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, w tym co najmniej:

- jedną osobę pełniącą funkcję kierownika biura, mającą co najmniej roczne doświadczenie w zarządzaniu usługami o podobnych charakterze i zakresie,
- jednego pracownika ds. terenowych zajmującego się: kontrolą jakości świadczonych usług oraz podejmowaniem interwencji,
- minimum 60 osób na stanowisku opiekuna.

Do złożonej oferty wykonawca załączył wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, wskazując min. do realizacji zamówienia opiekunkę - Annę B. Odwołujący stwierdził, że osoba ta nie będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia, a wykonawca posłużył się jej danymi, doświadczeniem i kwalifikacjami nie uzyskując żadnej zgody, wskazując jedynie jako podstawę zatrudnienie w Fundacji. Na dowód powyższego odwołujący załączył do odwołania oryginał oświadczenia tej osoby.

Wskazał, że wykonawca składając ofertę winien wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Uznał, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, gdyż nie dysponował osobą Anny B. do realizacji zamówienia. Stwierdził, że sytuacja może wyglądać podobnie również w stosunku do innych osób. Składając zaś z ofertą wykaz osób, w którym wskazał 60 opiekunek, winien warunek ten spełnić na dzień złożenia oferty gwarantując, iż wskazane osoby wyrażą zgodę w postaci zobowiązania, oświadczenia lub zawartej umowy na realizację zamówienia. Ponadto wątpliwe wydaje się być zatrudnienie pań - Teresy W. ur. 19.03.1936 r., Wandy S. ur. 13.11.1938 r., które ze względu na swój wiek nie będą mogły świadczyć usług opiekunek.

Odnosząc się zaś do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania wskazał, iż Fundacja w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu posłużyła się dokumentem potwierdzającym odbycie szkolenia przez Annę B. uprawniającego do świadczenia usług opiekuńczych. Zgodnie z załączonym oświadczeniem wskazał, że osoba

ta nie uczestniczyła w żadnym szkoleniu, czy kursie prowadzonym przez Fundację Zdrowie w dniach 18 - 19.06.2011 r. pt. „Kurs dla Opiekunek nad chorym w domu, ani w żadnym innym szkoleniu organizowanym przez tę Fundację w 2011 r. W związku z tym wskazał, że Fundacja złożyła dokument potwierdzający nieprawdę. Podniósł, że tego typu dokumentów wystawionych dla innych opiekunek wskazanych w wykazie osób, załączono kilkadziesiąt (29 szt.). Wątpliwe zatem wydaje się również uczestniczenie tych osób w szkoleniu, czy kursie, czy sam fakt organizacji tego kursu. Posłużenie się tymi dokumentami przez Fundację nastąpiło w celu uzyskania zamówienia. A zatem wskazał, iż została wypełniona przesłanka skutkująca wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1633/11 zgodnie z którym „W ustawie Prawo zamówień publicznych brak definicji legalnej pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Dlatego też pojęcie „prawda” rozumieć należy tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości”. Uznał, że jeśli osoba, której dotyczą informacje wskazuje, iż są one nieprawdziwe, gdyż nie uczestniczyła w żadnych kursie ani szkoleniu, to nie można dać wiary prawdziwości oświadczenia wykonawcy.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, interes odwołującego doznał uszczerbku, gdyż nie uzyskał on zamówienia pomimo, iż złożył najkorzystniejszą ofertę, spełniającą wszelkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ i nie zawierającą żadnych uchybień formalnych.

Odwołujący uznał, że w tym stanie faktycznym odwołanie jest zasadne i wniósł jak na wstępie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania podając, iż zarzut niedysponowania osobą Anny B. do realizacji zamówienia nie jest zgodny ze stanem faktycznym. Podał, że wskazana osoba jest pracownikiem przystępującego od 1 stycznia 2011 r. na podstawie umowy zlecenia, z której wynika, że będzie świadczyć usługi w miejscu wskazanym przez przystępującego. Powołał się na oświadczenie Anny B., w którym wyraziła gotowość przy realizacji zamówienia w przypadku uzyskania zamówienia przez Fundację. Uczestnik postępowania ponadto wskazał, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie kolidują z przepisami o ochronie danych osobowych, co do podania osób, którymi wykonawca posłużył się przy realizacji zamówienia. Podał ponadto, że Anna B. świadczy obecnie usługi na rzecz OPS Dzielnicy Wawer i zatrudniona jest z tego tytułu u odwołującego, zatem odwołujący nie powinien mieć wątpliwości co do jej kwalifikacji. Przystępujący załączył zaświadczenie Anny B. o ukończeniu innego kursu wystawione przez inny podmiot. Co do podania nieprawdziwych informacji wyjaśnił, że w szkoleniu prowadzonym

w dniach 18 - 19 czerwca 2011 r. uczestniczyło 51 osób, które potwierdziły swój udział w szkoleniu podpisując listę obecności. Przy nazwisku Anny B. został złożony podpis, zatem zostało wystawione na jej nazwisko świadectwo ukończenia kursu. Stwierdził, że w dniu 19 grudnia 2011 r. po uzyskaniu informacji dotyczących zaświadczenia Anny B. pracownicy Fundacji zadzwonili do wszystkich uczestników szkolenia podpisanych na liście obecności, którzy potwierdzili swój udział w szkoleniu. Podniósł ponadto, że Fundacja wskazała większą liczbę osób przewidzianych do wykonania zamówienia niż wymagana w SIWZ. Uczestnik nie powinien być wykluczony z postępowania. Przystępujący załączył zaświadczenie o ukończeniu kursu w okresie 4- 5 lutego 2004 r. organizowanego przez odwołującego, informację Anny B. z dnia 19 grudnia 2011 r. o treści, że chciałaby świadczyć usługi opiekuńcze w Dzielnicy Wawer niezależnie od tego jaka firma będzie świadczyła usługi opiekuńcze na zlecenie OPS Dzielnicy Wawer. Wykonawca załączył również listę obecności uczestników szkolenia nad chorymi w domu z dnia z 18 czerwca 2011 r. – Rembertów, gdzie w pierwszej pozycji wskazana jest Anna B.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący podnosił, że wykonawca, którego ofertę wybrano, powinien spełniać warunek dysponowania osobami wskazanymi w wykazie na dzień 6 grudnia 2011 r., czyli na dzień składania ofert. Przedłożył umowę zawartą przez przystępującego z Anną B. na okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2011 r. utrzymując, że przystępujący nie ma prawa dysponowania wskazaną osobą od 1 stycznia 2012 r., prawo takie miałby gdyby taka umowa została zawarta do 31 grudnia 2012 r. Podtrzymał swoje stanowisko odnośnie nieprawdziwych informacji przez złożenia w ofercie zaświadczenia Anny B. z dnia 21 czerwca 2011 r. oraz powołał się na oświadczenia Anny B. z dnia 15 grudnia 2011 r., załączone do odwołania. Wskazał również, że zaświadczenie o ukończeniu kursu przez Annę B. w lutym 2004 r. nie może być uwzględnione, gdyż organizatorem kursu i wystawcą zaświadczenia był odwołujący.

Zamawiający wyjaśnił, że ocenił ofertę przystępującego na podstawie załączonych do niej dokumentów i uznał również, po ocenie oferty odwołującego, że obaj wykonawcy spełniają warunki podmiotowe udziału w postępowaniu, zatem wybrał tańszą ofertę. Wyjaśnił również, że w wykazie osób zamieszczonym w ofercie przystępującego wskazana została Aleksandra F., co do której odnośnie stażu, wykonywanego zawodu i posiadanych uprawnień podano, iż pracowała od marca 2011 r. jako opiekunka środowiskowa, odbyła kurs PCK w 2006 r. organizowany przez MZO w Warszawie i uzyskała certyfikat załączony do oferty. W ocenie zamawiającego mimo wskazania Aleksandry F. do pełnienia funkcji pracownika ds. terenowych do kontroli jakości świadczonych usług, osoba ta kwalifikuje się do uznania jej jako opiekunki, stanowiąc w sumie ilość wymaganą przez zamawiającego. Ponadto, zamawiający

wyjaśnił, że po przesłaniu mu kopii odwołania przeprowadził postępowanie wyjaśniające i uzyskał od wykonawcy- przystępującego oświadczenie Anny B. z dnia 19 grudnia 2011 r. Zamawiający wyjaśnił, że przy liczeniu ilości opiekunek była brana pod uwagę, zarówno Anna B. jak i Aleksandra F. Również wskazał, że nie żądał podania podstawy dysponowania przez wykonawcę wskazanymi osobami, lecz chodziło jedynie o ogólną informację zamieszczoną w ostatniej kolumnie wykazu. Nie wymagał też by na dzień składania ofert, tj. 6 grudnia 2011 r. wykonawca już dysponował wskazanymi osobami, w tym zwłaszcza posiadał ich zgodę.

Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko podając, że Anna B. zatrudniona jest w 2011 r. na podstawie umowy zlecenia, zarówno u przystępującego ze wskazaniem Rembertowa i odwołującego – pełni funkcję opiekunki w Wawrze. W dniu 19 grudnia 2011 r. została zawarta przez przystępującego umowa z Anną B. na 2012 r. i zainteresowana wyraziła gotowość i chęć świadczenia usług opiekuńczych w Wawrze. Ponadto, z istoty zawartej umowy wynika, że zleceniobiorca podejmuje się świadczyć usługi opiekuńcze w każdej lokalizacji wskazanej przez zleceniodawcę. Podsumowując swoje stanowisko przystępujący wyjaśnił, że z przeprowadzonej rozmowy z Anną B. wynika, że została ona wezwana przez odwołującego, czego efektem było złożenie oświadczenia z dnia 15 grudnia 2011 r.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Interes odwołującego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej nie budzi wątpliwości w świetle art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu 2 główne zarzuty wobec wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą - Fundacji Zdrowie z siedzibą w Warszawie, a mianowicie nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, żądając unieważnienia czynności wyboru oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że w pkt 14. 2. b) i d) SIWZ zamawiający żądał na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia załączenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, w tym co najmniej jednej osoby pełniącej funkcję kierownika biura, mającą co najmniej roczne doświadczenie w zarządzaniu usługami o podobnych charakterze i zakresie, jednego pracownika ds. terenowych zajmującego się: kontrolą jakości świadczonych usług oraz podejmowaniem interwencji i minimum 60 osób na stanowisku opiekuna. W sumie żądał przedstawienia w wykazie osób minimum 62 osoby. Potwierdzeniem spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, wymagał dla osób świadczących pracę

pielęgniarki lub opiekunki, świadectwa ukończenia kursu specjalistycznego wydanego przez jednostkę posiadającą zgodę Ministerstwa na prowadzenie kursów dających uprawnienia do świadczenia usług opiekuńczych. Dopuścił również przeszkolenie prowadzone przez wykonawcę z wpisanymi na zaświadczeniu tematami szkoleniowymi.

Uczestnik postępowania wskazał w wykazie 63 osoby. Obok osoby planowanej do pełnienia funkcji kierownika biura, podał 2 osoby planowane do pełnienia funkcji – koordynatora usług opiekuńczych-osoba do kontroli jakości usług oraz pracownika ds. terenowych-do kontroli świadczonych usług. Przy czym przy osobie wymienionej w poz. 3 Aleksandrze F., wskazanej jako pracownika ds. terenowych- do kontroli świadczonych usług, podał w opisie stażu, wykonywanego zawodu i posiadanych uprawnień, że pracowała ona jako opiekunka środowiskowa od marca 2011 r., odbyła kurs PCK w 2006 r. organizowany przez MZO w Warszawie i uzyskała certyfikat załączony na stronie 75 dokumentów osób zatrudnionych w Fundacji. Tematyka kursu potwierdza, że wskazana osoba nabyła umiejętności udzielania pomocy osobom starszym i przewlekle chorym. Oprócz wymienionych osób wyżej wskazanych, podano w wykazie 60 opiekunek. Potwierdzeniem ukończonego kursu przez Annę B. jest zaświadczenie o ukończeniu kursu organizowanego przez przystępującego w dniach 18-19. 06. 2011 r. wystawione w dniu 21.06.2011 r. Organizatorem kursu i wystawcą zaświadczenia jest Fundacja Zdrowie (przystępujący do postępowania odwoławczego), wpisana do Rejestru Instytucji Szkoleniowych WUP pod numerem 2.14/00141/2011.

Z dokumentów i wyjaśnień stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wynika, że Anna B. zatrudniona jest na podstawie umowy zlecenia u uczestnika postępowania odwoławczego w 2011 r. i została zawarta z nią umowa w dniu 19 grudnia 2011 r. o świadczenie usług na cały 2012 r., przy czym Anna B. wskazała, że zainteresowana jest świadczeniem usług w Dzielnicy Wawer, których przedmiotem jest prowadzone postępowanie.

W postępowaniu odwoławczym zostały załączone (do odwołania i zgłoszenia przystąpienia) 2 oświadczenia Anny B.: jedno z 15 grudnia 2011 r. przez odwołującego, z którego wynika, że:

- 1) nie zwracała się do niej Fundacja Zdrowie o wyrażenia zgody na uczestniczenie w realizacji zamówienia udzielonego przez OPS Dzielnicy Wawer,
- 2) nie wyraża zgody na posłużenie się jej osobą w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) nie wyraża zgody na przetwarzanie jej danych osobowych na cele wskazanego przetargu,
- 4) w dniach 18-19 czerwca 2011 r. nie uczestniczyła w kursie dla opiekunek nad chorym w domu, organizowanym przez Fundację zdrowie ani w żadnym innym szkoleniu organizowanym przez tę Fundację w 2011 r.;

drugie z dnia 19 grudnia 2011 r. złożył wykonawca przystępujący, o treści zawierającej

informację o gotowości i chęci świadczenia usług opiekuńczych w Dzielnicy Wawer, niezależnie od podmiotu, który będzie świadczył usługi opiekuńcze na zlecenie OPS Dzielnicy Wawer.

Oceniając powyższe dokumenty w kontekście zarzutów, zarówno nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z zaświadczeniem Anny B., jak również złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w ocenie Izby rozstrzygającą kwestią jest ocena dowodów złożonych przez strony i uczestnika postępowania.

Oświadczenia Anny B. zostały opracowane i przygotowane wyłącznie na potrzeby aktualnie prowadzonego postępowania odwoławczego i załączone przez odwołującego i uczestnika postępowania, którzy równocześnie zatrudniają ją jako opiekunkę i wskazują w wykazach osób załączonych do swoich ofert złożonych w ocenianym postępowaniu, jako osobę przewidzianą do świadczenia usług w przedmiotowym zamówieniu. Oświadczenie Anny B. załączone przez odwołującego ma stanowić dowód potwierdzający złożenie nieprawdziwej informacji przez przystępującego, w związku z załączeniem przez niego do oferty zaświadczenia z dnia 21 czerwca 2011 r. o ukończeniu kursu.

W ocenie Izby wskazane zaświadczenie o ukończeniu kursu jest dokumentem urzędowym w rozumieniu art. 244 § 2 kpc, wystawionym na podstawie listy obecności uczestników kursu, w okresie znacznie poprzedzającym wszczęcie aktualnego postępowania. Odwołujący jako zleceniodawca na podstawie umowy zlecenia, podważał ten dokument oświadczeniem Anny B., załączonym do odwołania.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani aż do zamknięcia rozprawy wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron. Odwołujący nie przedstawił żadnego ze wskazanych rodzajów dowodów, w szczególności posługując się oświadczeniem Anny B., nie przeprowadził dowodu z przesłuchania świadka. Oświadczenie, które załączył do odwołania zostało złożone poza Izbą i jak oświadczył przystępujący, w wyniku wezwania Anny B., jako jej zleceniodawca. Również przystępujący oświadczył, że w rozmowie z Anną B. stwierdziła ona, że zgodny z jej przeświadczeniem jest pkt 1 i 4 oświadczenia, natomiast pkt 2 i 3 oświadczenia miał oznaczać zamiast „nie wyrażam zgody” „nie wyrażałam zgody”.

Oceniając omówione dowody, Izba uznała, że pierwszeństwo przed oświadczeniem prywatnym osoby, która mogła złożyć zeznania przed Izbą jako świadek, ma dokument urzędowy, zwłaszcza, że odwołujący nie podważył listy obecności z dnia 18 czerwca 2011 r., podnosząc jedynie luźną uwagę co do podpisów dwóch osób wskazanych w pierwszej i drugiej



pozycji listy z dnia 18 czerwca 2011 r. (Rembertów).

Izba oceniając powyższe wzięła pod uwagę fakt, iż udowodnieniem nieprawdziwych informacji w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, jest wykazanie sfalszowania listy obecności i wydanie na jej podstawie zaświadczenia o ukończeniu kursu.

Izba podziela stanowisko wyrażone w niżej wymienionych orzeczeniach w zakresie wykazania i uznania informacji za nieprawdziwe:

1. KIO 1999/11 z dnia 29 września 2011 r. „istnieje po stronie zamawiającego konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności zarzucanych odwołującemu, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Fakt złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę zamawiający winien wykazać za pomocą dowodu wskazującego na zaistnienie zarzucanych wykonawcy zachowań, w sposób pewny w konkretnie stwierdzonych okolicznościach”.
2. KIO 1731/11 i 1757/11 z dnia 26 sierpnia 2011 r. „przepis o wykluczeniu wykonawcy z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji ma charakter sankcyjny, nie powinno się go traktować rozszerzająco i stosować w wypadku, gdy nie stwierdzono jednoznacznie owej nieprawdziwości”.
3. KIO 2770/10 z dnia 5 stycznia 2011 r. „wskazując na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 [obecnie pkt 3] Pzp należy bezspornie łącznie wykazać, że składane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie stanowi wyraz świadomego działania mającego na celu podanie nieprawdziwych informacji”.
4. KIO 2252/11 z dnia 2 listopada 2011 r. „należy wskazać, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, a nie w okolicznościach niekwalifikowanych wewnętrznym zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wyzyskania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego”.

Zatem, należy uznać, że w świetle wskazanego orzecznictwa, nieprawdziwą informacją jest taka informacja, która wynika z celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy.

W toku rozprawy nie wykazano tych okoliczności a wręcz przeciwnie, uczestnik postępowania powziął informację o zarzuceniu mu złożenia nieprawdziwych informacji po przekazaniu mu kopii odwołania. Podjął niezbędne czynności w celu wyjaśnienia sytuacji.

W ocenie Izby, informacje, o których mowa nie mogą być uznane jako nieprawdziwe, gdyż wynikały one z dokumentów jakimi dysponował przystępujący i nie w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd oraz wyzyskania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego.

Izba podkreśla, że przypisanie wykonawcy nieprawdziwych informacji jest czynnością

skutkującą istotnymi następstwami prawnymi, zatem zarzut taki powinien być wykazany w sposób niewątpliwy i jednoznaczny na podstawie dowodów.

Odwołujący dysponując przed posiedzeniem i rozprawą przed Izbą zaświadczeniem z 21 czerwca 2011 r. oraz listą obecności z dnia 18 czerwca 2011 r. nie przedstawił dowodów wskazujących na sfałszowanie tych dokumentów.

Ze względu na przedstawione okoliczności Izba uznała, że złożenie zaświadczenia, przy uwzględnieniu przesłanek wskazanych w wyrokach KIO 2770/10 i KIO 2252/11 (zgodnych z przekonaniem składu orzekającego), nie może być uznane za złożenie nieprawdziwych informacji, w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania przystępującego, nie zachodzą więc przesłanki zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Skoro nie wykazano sfałszowania listy obecności i zaświadczenia o ukończonym kursie, należy uznać, że oświadczenie Anny B. złożone w warunkach i okolicznościach niemożliwych do oceny przez Izbę, nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Oddalając odwołanie Izba miała również na uwadze przepis art. 192 ust. 2 ustawy, że uwzględnienie odwołania jest możliwe wyłącznie, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z załączonego wykazu osób wynika, iż w miejsce jednej żądanej osoby (pkt 14.2.d drugie tiret SIWZ) wskazano dwie osoby, z czego jedna posiada wszelkie uprawnienia wykazane w ofercie do pełnienia funkcji opiekunki. Zatem, nawet powtórzenie czynności badania i oceny ofert sprowadzałoby się jedynie do zmiany w wykazie osób opisu funkcji przy nazwisku Aleksandry F. Czynność ta nie miałaby wpływu na wynik postępowania.

Izba uznała, że pozostałe zarzuty wskazane w odwołaniu bez ich uzasadnienia, co do braku dysponowania przez przystępującego osobą Anny B. i uzyskania jej zgody w postaci zobowiązania, oświadczenia lub zawartej umowy w realizacji zamówienia nie zostały potwierdzone w toku postępowania odwoławczego. Jak wyżej wskazano na dzień złożenia oferty przystępujący dysponował Anną B. do końca 2011 r. i na mocy zawartej umowy na 2012 r. uzyskał podstawę takiego dysponowania. Wątpliwości dotyczące innych osób- Teresy W. i Wandy S. oraz z listy obecności uczestników kursu, nie zostały przedstawione jako zarzuty z odpowiednim uzasadnieniem stanowiska. Zatem, Izba rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów pozostawiła ten wątek jako wątpliwości odwołującego.

Reasumując powyższe, Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że zamawiający naruszył

przepisy ustawy wskazane w odwołaniu, tj. art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, art. 24 ust. 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy i art. 91, zatem oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy, mając na uwadze również ust. 2 wskazanego artykułu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**