

**WYROK**

**z dnia 18 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2013 r. przez wykonawcę Iternity Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Drohiczyn w Drohiczynie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InfoRS Sp. z o.o. w Warszawie i Śląska Sieć Metropolitalna Sp. z o.o. w Gliwicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Drohiczyn w Drohiczynie unieważnienie czynności wykluczenia Iternity Sp. z o.o. w Warszawie i odrzucenia jej oferty oraz powtórzenie oceny ofert w postępowaniu na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie „Budowa nadbużańskiej szerokopasmowej sieci dystrybucyjnej -realizacja I i II etapu” z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Drohiczyn w Drohiczynie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Iternity Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Drohiczyn w Drohiczynie na rzecz Iternity Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Gmina Drohiczyn w Drohiczyne, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie „Budowa nadbużańskiej szerokopasmowej sieci dystrybucyjnej - realizacja I i II etapu”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP w dniu 03.09.2013 r. pod poz. 356292.

W dniu 25.10.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wykluczeniu Iternity Sp. z o.o. w Warszawie (zwana dalej „Iternity”) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz odrzuceniu jej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W dniu 30.10.2013 r. Iternity wniosła do Prezesa KIO odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego oraz przywrócenie odwołującego do postępowania, a także nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

1.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu w zakresie uznania złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, iż w jego ocenie Odwołujący i wykonawca ECM Group Polska Sp. z o.o. mogli działać w porozumieniu, wywodząc swoją hipotezę z okoliczności, iż Odwołujący posługiwał się potencjałem w postaci wiedzy i doświadczenia udostępnionym przez ECM Group Polska Sp. z o.o. na , a podmiot ten nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający powołuje się na dwie czynności dokonane rzekomo przez Odwołującego, które miały by świadczyć o naruszeniu dwóch podstawowych zasad prawa zamówień publicznych i zasady konkurencyjności, a mianowicie powoływanie się przez Odwołującego na potencjał wiedzy i doświadczenia innego wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niezłożeni przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zwracamy uwagę, iż Odwołujący w toku postępowania skorzystał ze swojego prawa wyrażonego w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, posłużył się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu potencjałem technicznym w zakresie wiedzy i doświadczenia. Okoliczność ta w żadnej mierze nie może stanowić przesłanki do uznania, że Odwołujący zawarł porozumienie z wykonawcą ECM Group Polska Sp. z o.o. celem wyeliminowania pozostałych wykonawców. To ustawodawca w w/w przepisie umożliwił wykonawcom korzystanie z potencjału podmiotów trzecich w celu ubiegania się o zamówienie publiczne w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ustawa Pzp nie zabrania również korzystania z usług podwykonawców w celu realizacji przedmiotu zamówienia, w przypadku kiedy zamawiający wyraźnie w SIWZ nie ograniczył takiej okoliczności. W związku z powyższym złożenie oferty przez wykonawcę, który jednocześnie byłby zadeklarowanym podwykonawcą innej firmy nie stanowi czynu sprzecznego z ustawą czy dobrymi obyczajami. Fakt współpracy wykonawców, tj. korzystania z rabatów cenowych czy też pozostawania we wzajemnych powiązaniach kapitałowych czy też pozostawania w stosunku zależności nie zakazuje ubiegania się o udzielenie zamówienia przez niniejszych przedsiębiorców i tym samym nie przesadza o istnieniu zмовы przetargowej pomiędzy tymi podmiotami. Zaprezentowane

stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby (KIO/UZP 682/09) oraz Sądu Okręgowego w Katowicach (Sygn. Akt XIX Ga 524/09).

Tym nie mniej Odwołujący pragnie podkreślić, iż w przedmiotowym postępowaniu nie istnieją pomiędzy nim a wykonawcą Ecm Group Polska Sp. z o.o., żadne porozumienia dotyczące ewentualnej współpracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Takie twierdzenie zamawiającego, zostało sformułowane wyłącznie w oparciu o jego przypuszczenie, bez wskazania jakichkolwiek dowodów, zatem trudno Odwołującemu odnieść się rzeczowo do takiej argumentacji.

Odwołujący nie miał wpływu na decyzję wykonawcy ECM Group Polska Sp. z o.o. w zakresie udzielania wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Natomiast Zamawiający na podstawie swojej obiektywnej oceny uznał, że dwa obce i w żadnej mierze niezwiązane ze sobą podmioty zawarły porozumienie, o którym mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie przedstawił jednak na poparcie tej tezy żadnego, choćby pośredniego dowodu.

W ślad za istniejącym orzecznictwem sądowym i KIO (m.in. wyrokiem KIO z dnia 12 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 896/11) należy zwrócić uwagę na pogląd, że „wyrażona w art. 6 kc zasada nakłada ciężar udowodnienia faktu na osobę, która twierdzi i z tego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Nawet uprawdopodobnienie zaistnienia okoliczności, które mogłyby ewentualnie potwierdzać zasadność zarzutu zmywy przetargowej nie może stanowić podstawy do uwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu – stosowne okoliczności muszą być dowiedzione w toku postępowania”.

W innym wyroku, z dnia z dnia 5 stycznia 2011 r. sygn. akt: KIO 2766/10 Izba stwierdziła, że „skoro Odwołujący podnosi, iż w niniejszym postępowaniu dopuszczono się czynu nieuczciwej konkurencji w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), to powinien powyższe wykazać, wskazując w tym zakresie na konkretne dowody uzasadniające istnienie takiego porozumienia, tzw. zmywy przetargowej. (...) zdaniem Izby, należy stwierdzić w okolicznościach sprawy, że zasadne jest stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu w rozumieniu przepisów ustawy, potwierdzającego, że zawarto porozumienie między wykonawcami w celu osiągnięcia skutków wskazanych w odwołaniu. Zarzut oparty jest wyłącznie na domniemaniu, w sytuacji, gdy do udowodnienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji wymagane są „niezbite

dowody", którymi nie może być nawet uprawdopodobnienie zarzutu (wskazane wyżej wyroki KIO i Sądu Okręgowego w Warszawie).

Innym przykładem stanowiska Izby co do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji może być wyrok z dnia 31 maja 2010 r., sygn. akt KIO 867/10, w którym Izba poczyniła następujące ustalenia:

(...) Zamawiający na potwierdzenie zaistnienia zmowy przetargowej przedstawił jedynie dowody pośrednie, wskazując na: powiązania rodzinne powyższych wykonawców, podobieństwo ofert sporządzonych w postępowaniu (ten sam układ pisma, odstępy, identyczność przekreśleń wzoru umowy, ten sam rodzaj kartek itp.), ten sam numer faksu wskazany zamawiającemu w celu porozumiewania się z wykonawcami. W ocenie Izby podnoszone informacje dotyczące powiązań rodzinnych, gospodarczych, technicznych czy organizacyjnych, formy składanych dokumentów czy linii telefonicznej nie są wystarczające dla stwierdzenia istnienia zmowy przetargowej w przedmiotowym postępowaniu pomiędzy wykonawcami, której celem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku.

Oceniając zarzut zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami nie sposób również uznać za prawidłowe stanowisko zamawiającego i przystępującego w kwestii „partycypacji” ww. wykonawców w swoich ofertach. Bezspornym jest, że ustawodawca umożliwił wykonawcom korzystanie z usług podwykonawców w celu realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym złożenie oferty przez wykonawcę, który jednocześnie jest zadeklarowanym podwykonawcą innej firmy nie stanowi czynu sprzecznego z prawem. Fakt współpracy ww. wykonawców, tj. korzystania z rabatów cenowych czy też pozostawania we wzajemnych powiązaniach kapitałowych czy też pozostawania w stosunku zależności nie zakazuje ubiegania się o udzielenie zamówienia przez niniejszych przedsiębiorców i tym samym nie przesadza o istnieniu zmowy przetargowej pomiędzy tymi podmiotami.

Zaprezentowane stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby (KIO/UZP 682/09) oraz Sądu Okręgowego w Katowicach (Sygn. Akt XIX Ga 524/09).

Konkludując, Izba zważyła, że zaprezentowane przez zamawiającego dowody nie pozwalają na jednoznaczną ocenę wystąpienia zmowy przetargowej, choć nie można wykluczyć, iż mogą one stanowić wyraz okoliczności, których ustalenie byłoby istotne z punktu widzenia zarzutu zmowy przetargowej, to możliwości ich ustalenia

wykraczają poza dostępne Izbie instrumenty postępowania dowodowego. Izba skorzystała w pełni z dostępnych możliwości i środków w postępowaniu dowodowym. Wyrażona w art. 6 k.c. zasada nakłada ciężar udowodnienia faktu na osobę, która twierdzi i z tego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Nawet uprawdopodobnienie zaistnienia okoliczności, które mogłyby ewentualnie potwierdzać zasadność zarzutu zmowy przetargowej nie może stanowić podstawy do uwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu – stosowne okoliczności muszą być dowiedzione w toku postępowania. Wobec powyższego, Izba opierając się na dokonanych ustaleniach uznała, że nie potwierdził się fakt zawarcia pomiędzy ww. przedsiębiorcami porozumienia co treści ofert przetargowych. Zamawiający nie przedstawił w toku postępowania dowodów potwierdzających niezbieżność fakt zawarcia porozumienia pomiędzy wykonawcami.

Wobec powyższego w ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę uznając, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2.

W zakresie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że niedokładne tłumaczenie treści referencji, stanowi złożenie informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Po pierwsze tłumaczenie referencji nie stanowi ani dokumentu ani oświadczenia, o których mowa w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający dokonuje oceny ofert na podstawie dokumentów i oświadczeń złożonych w postępowaniu, do których nie jest zaliczane tłumaczenie.

Po drugie zwracamy uwagę, iż Odwołujący złożył dokument referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi wraz z tłumaczeniem udostępnione przez podmiot trzeci, który udostępnił mu swój potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia tj. IDOM INGENIERIA Y CONSULTORIA S.A.. Zamawiający wyraził swoje wątpliwości co do treści przedstawionych referencji w wezwaniu do wyjaśnień skierowanym do Odwołującego, na co Odwołujący zwrócił się o pomoc do podmiotu,

który udostępnił mu zakwestionowane dokumenty IDOM INGENIERIA Y CONSULTORIA S.A.. Zamawiający nie odniósł się w żadnej mierze do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, w których zostało złożone wyjaśnienie podmiotu udostępniającego swój potencjał, natomiast uznał, że Odwołujący w takim zakresie przedłożył nieprawdziwe informacje i powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dla Zamawiającego pozostaje zatem bez znaczenia, że „owe informacje”, które jego zdaniem dają podstawę do wykluczenia Odwołującego, nie pochodzą od Odwołującego, nie miał on wpływu na ich treść (dokument referencji jest wystawiony przez podmiot niezwiązany z wykonawcą), natomiast kwestionuje de facto prawidłowość nie informacji, które zostały stwierdzone w referencji, a prawidłowość ich przetłumaczenia na język polski.

Tym nie mniej należy jeszcze raz podkreślić, iż Zamawiający ocenia oferty w oparciu o przedstawione dokumenty, a nie ich tłumaczenia. Zamawiający mógłby zakwestionować ewentualną informację wskazaną w wykazie usług w zakresie doświadczenia w realizacji usługi IDOM INGENIERIA Y CONSULTORIA S.A., gdyby powziął informację, że jej zakres faktycznie nie pokrywa się z informacją zawartą w wykazie usług. Tego Zamawiający nie zakwestionował, nie udowodnił też że tak właśnie jest, nie przedstawił własnego tłumaczenia referencji, z którego by wynikało, że treść referencji stoi w sprzeczności do usługi wskazanej w ofercie Odwołującego, toteż zarzut dotyczący rzekomego złożenia nieprawdziwych informacji nie znajduje uzasadnienia.

W tym miejscu należy dodatkowo wskazać, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie tego przepisu może mieć miejsce jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek:

- celowego złożenia nieprawdziwych informacji,
- oraz wpływu tychże informacji na wynik postępowania.

Oznacza to, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. artykułu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji, albowiem dla zaistnienia zawartej w nim przesłanki wykluczenia niezbędne jest dodatkowo udowodnienie, że po pierwsze Wykonawca ma pełną świadomość, że podawane przez niego informacje są nieprawdziwe oraz że złożenie takich nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania.

W tym miejscu wskazać należy na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), która przykładowo:

1. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. (sygn. akt: KIO UZP/766/09), w którym Izba wskazała: „Zdaniem Izby, wskazany przepis artykułu 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp [obecnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp], znajdowałby zastosowanie jedynie w sytuacji umyślnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, mającego wpływ na prawidłowość ustaleń poczynionych w trakcie postępowania przetargowego. A zatem, nie stanowiłoby podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania nieświadome wprowadzenie w błąd”;
2. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO UZP/2770/10), w którym Izba wskazała „Dodatkowo dostrzec należy, że wskazując na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie stanowi wyraz świadomego działania mającego na celu podanie nieprawdziwych informacji.”
3. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO UZP/371/10), w którym Izba wskazała „Według Izby informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i została podana w sposób zamierzony w celu wywołania błędu, co do stanu faktycznego, u odbiorcy informacji. Istota informacji nieprawdziwej jest celowe działanie podającego informację, musi on sobie zdawać sprawę z odmiennego stanu faktycznego niż podawany przez niego i działać w zamiarze wprowadzenia w błąd innej osoby.”
4. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO UZP/2252/11), w którym Izba wskazała: „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”.
5. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2011 r. (sygn. akt: KIO UZP/2698/11), w którym Izba wskazała: „Nieprawdziwa informacją jest taka informacja, która wynika z celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy.”.

Pogląd ten jest ugruntowany również w orzecznictwie sądów powszechnych, gdzie dla przykładu w wyroku z dnia 30 października 2008 r. (sygn. akt: X Ga 296/08) Sąd Okręgowy we Wrocławiu dokonał wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp [obecnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp] uznając konieczność wystąpienia zawinionego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji dla wykluczenia wykonawcy na podstawie cytowanego przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 PZP. Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 lipca 2011 r. (sygn. akt: XXIII Ga 416/11) wskazał, iż sankcję wynikającą z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp można zastosować jedynie w określonych przypadkach, tj. w razie podania nieprawdziwych informacji mogących lub mających wpływ na wynik postępowania.

Przedmiotowa kwestia, właściwej interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma przy tym ma bardzo istotne znaczenie dla praktyki funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Wymaga bowiem wyraźnego rozgraniczenia przewidziana w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp sankcja w postaci eliminacji z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców świadomie wprowadzających w błąd zamawiającego poprzez przekazywanie nieprawdziwych informacji, których złożenie może mieć wpływ lub ma wpływ na wynik prowadzonego postępowania od sytuacji wykonawców, którzy w sposób niezawiniony złożyli w ofercie nieprawdziwe informacje.

Rozstrzygnięcie przedmiotowej kwestii rzutuje również na wykładnię art. 26 ust. 3 ustawy, którego ratio legis sprowadza się do zapobiegania sytuacjom wykluczania z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jednakże na potwierdzenie spełniania tych warunków nie przedłożyli oświadczeń lub dokumentów niezawierających błędów. Kwestia ta ma również fundamentalne znaczenie dla realizacji celów systemu zamówień publicznych wynikających m.in. z dyrektyw unijnych zapewniających niedyskryminacyjny dostęp wykonawców do zamówień publicznych (por. teza 2 preambuły dyrektywy 2004/18/WE).

Nie można bowiem zapominać, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP nie można interpretować w oderwaniu od art. 45 ust. 2 lit g) dyrektywy 2004/18AA/E Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane,

dostawy i usługi (Dz. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm., zwana dalej „dyrektywą klasyczną”), skoro to ten przepis dyrektywy klasycznej był transponowany na grunt prawa polskiego treścią art. 24 ust. 2 pkt. 3 PZP. Zgodnie zaś z treścią art. 45 ust. 2 lit g) dyrektywy klasycznej z udziału w postępowaniu można wykluczyć takiego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy.

W ocenie Odwołującego taka sytuacja nie miała miejsca, bowiem w dokumentach złożonych w ofercie nie przekazał żadnych informacji, które mogłyby nosić znamiona nieprawdziwych i być podstawą do wykluczenia wykonawcy.

[...]

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Szacunkowa wartość zamówienia, podana w poz. 2 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN), ustalona została na kwotę 784 754,79 zł.

Ustalona data składania i otwarcia ofert – 12.09.2013.

W postępowaniu złożono 7 ofert o następujących cenach (kwoty brutto):

1. 891 750 zł
2. 483 390 zł
3. 347 475 zł
4. 282 900 zł (oferta odwołującego)
5. 159 900 zł (oferta ECM Group Polska S.A.)
6. 894 210 zł
7. 339 000 zł

Pismem z dnia 23 września 2013 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający zwrócił się do ECM Group Polska S.A. o złożenie wyjaśnień

dotyczących zaoferowanej ceny. Wykonawca na ww. wezwanie nie zareagował i żądanych wyjaśnień nie przedstawił.

W pkt. 9.2.2. lit. a) i b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający postawił określone warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia polegające na żądaniu od wykonawcy doświadczenia w wykonaniu opisanych tam usług, na których potwierdzenie żądano przedłożenia stosowego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług (pkt 10.2.2 SIWZ)

Do oferty odwołującego nie załączono wykazu usług ani dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie.

Pismem z dnia 23 września 2013 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w wyżej wskazanym zakresie.

Pismem z dnia 27 września 2013 r. odwołujący uzupełnił ww. dokumenty, przedstawiając wykaz usług, gdzie:

- w poz. 1 wykazano usługę „*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu i nadzór inwestorski nad robotami budowlanymi w ramach przedsięwzięcia: Budowa infrastruktury odcinków Trapagaran (...)*”. Jako wykonawcę usług wskazano IDOM INGENIERIA Y CONSULTORIA S.A. w Bilbao – podmiot użyczający zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp.
- w poz. 2 wykazano usługę „*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu (...) dla (...) „Karkonoski System Wodociągów i Kanalizacji ETAP I”*”. Jako wykonawcę usług wskazano ECM Group Polska S.A. – podmiot użyczający zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp.

Do wykazu usług załączono:

- Pismo/referencję potwierdzającą należyte wykonanie usług wskazanych w poz. 1 ww. wykazu, w języku hiszpańskim, wraz z tłumaczeniem.

Według przedstawionego przez Iternity tłumaczenia inwestor potwierdził wykonanie prac, których zakres obejmował:

*„Opracowanie Projektu przebiegu linii, Projektu budowlano-wykonawczego, udział w procedurze udziału społeczeństwa, uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, udział w procedurze wykupu gruntów pod inwestycję oraz inżynier kontraktu i nadzór inwestorski dla Budowy infrastruktury odcinków Trapagaran-Gorostiza, Gorostiza-Cadagua, Caçagua-Penascal oraz Penascal-Larraskitu I etap wariantu południowego autostrady Metropolitana w Bilbao.”*

- „Zobowiązanie” do oddania niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp na okres niezbędny do wykonania przedmiotowego zamówienia, wystawione w dniu 10.09.2013 r. przez ECM Group Polska S.A. na rzecz Iternity.

Według informacji przystępującego z dnia 11.10.2013. r. oraz załączonego do niej tłumaczenia przysięgłego (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia), w ww. referencji przedstawionej przez odwołującego w rzeczywistości podano, iż zamówienie wykonane przez IDOM INGENIERIA Y CONSULTORIA obejmowało: *„Wsparcie techniczne przy opracowaniu projektu dotyczącego wytyczenia trasy i projektu budowlanego, wsparcie techniczne dla systemu informacji dotyczącego zamówień publicznych, dla uzyskania decyzji środowiskowej, dla procesu wyłączenia oraz dla działań kierownictwa budowy na odcinkach Trapagaran-Gorostiza, Gorostiza-Cadagua, Cadagua-Penascal oraz Penascal-Larraskitu I etap wariantu południowego autostrady Metropolitana w Bilbao”.*

Pismem z dnia 17.10.2013 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, zamawiający zwrócił się do Iternity o przedstawienie wyjaśnień w przedmiocie ww. rozbieżności pomiędzy rzeczywistą treścią referencji a jej tłumaczeniem przedstawionym przez wykonawcę. W szczególności wyjaśnienie braku przetłumaczenia zwrotu „asistencia tecnica” oraz przetłumaczenie zwrotu „inżynier kontraktu i nadzór inwestorski” bez oparcia w tekście źródłowym.

W odpowiedzi na powyższe w dniu 21.10.2013 r. odwołujący przedstawił wyjaśnienia firmy IDOM, w których wskazano, iż zakres usług opisany w referencji jako „Direccion de Obra de la infraestructura...” oznacza Zarządzanie Projektem/Nadzór Inwestorski.

Wskazano również, iż w ramach asysty technicznej pełniono rolę inżyniera kontraktu wraz z nadzorem inwestorskim.

Dokładną treść składanych w trakcie postępowania dokumentów, zgodnie ze stanem faktycznym opisano w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, przytoczanej poniżej.

W „Informacji o ponownej ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 25.10.2013 r. zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Iternity oraz odrzucenia jej oferty wskazał:

„[...]”

Zamawiający uznał, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W mniejszym postępowaniu nastąpiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez uczestnika postępowania – wykonawcę: ITERNITY Sp. z o. o. oraz ECM Group Polska S.A.. Stanowi to oczywiste naruszenie dwóch podstawowych zasad prawa zamówień publicznych: zasady równości i zasady konkurencyjności.

Firma ITERNITY Sp. z o. o. w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu posłużyła się m.in. doświadczeniem udostępnionym przez podmiot, który złożył konkurencyjną ofertę z najniższą ceną - firma ECM Group Polska Sp. z o. o. (firma, której oferta została przez Zabawiającego odrzucona na podstawie art.89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.- wykonawca nie przedłożył wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny).

Działanie firm, tj. zaniechanie złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty doprowadziło do odrzucenia oferty ECM Group Polska S.A. a w konsekwencji do wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy ITERNITY Sp. z o. o. (która posługuje się doświadczeniem podmiotu trzeciego -firmy ECM) proponującej wyższą cenę.

Każda z opisanych wyżej czynności wykonawcy (brak złożenia wyjaśnienia dotyczącego ceny oferty, posługiwanie się zasobami podmiotów trzecich) może stanowić działanie przypadkowe, a także może być czynnością samodzielną i niezależną, która nie narusza prawa. Jednak fakt ich jednoczesnego wystąpienie

może wskazywać, że wykonawcy Ci działali w porozumieniu i dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji.

Potwierdzeniem powyższego, jest stwierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 26 czerwca 2012 r. sygn. akt: KIO 1225/12,1229/12: "Okoliczności uzasadniające zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji nie powinny być badane pojedynczo, lecz oceniane jako pewna całość stanowiąca rezultat działania wykonawców."

Działania firm ECM i ITERNITY naruszają godny ochrony interes Zamawiającego. Istotą postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w warunkach uczciwej konkurencji między wykonawcami (art.2 pkt 7a, art.7 ust. 1 ustawy Pzp). Jak stwierdzono w wyroku z dnia 14 września 2010.r. w sprawie sygn. akt. KIO/UZP 1874/10: "Zmowa przetargowa to praktyka polegająca na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców i organizatora przetargu warunków składanych ofert, czyli celowe wpływanie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzję zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania, tak by doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w znowie."

Okoliczności działania firm ECM i ITERNITY w przedmiotowym postępowaniu są opisywane w orzecznictwie KIO jako przykład znowy przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami (tj. znowy w ujęciu horyzontalnym). W wyroku z dnia 31 maja 2010 r. sygn. akt: KIO 867/10 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: "W ocenie Izby, przykładem znowy przetargowej może być celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów, tak aby doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy, proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w znowie. Celem znowy jest wykonanie zamówienia przez konkretnego wykonawcę."

Tak samo, w innym wyroku z dnia 14 września 2010 r. sygn. akt: KIO 1874/10 Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje: "W ocenie Izby, przykładem znowy przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami (tj. znowy w ujęciu horyzontalnym) może być celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów (czyli celowe wpływanie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzję Zamawiającego podejmowane przez niego w toku

postępowania), tak aby doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmowie. Wykazując znowę przetargową konieczne jest wykazanie celu lub skutku wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Nie ulega wątpliwości, że wykazanie istnienia porozumienia, (czy też inaczej znowy przetargowej) jest niezmiernie trudne pod względem dowodowym, jednakże w ocenie Izby istnienie znowy przetargowej powinno być oceniane po rezultatach, skutkach oraz wszystkich okolicznościach sprawy, dlatego też Zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy PZP powinien w pierwszej kolejności odpowiedzieć sobie na pytanie czy z całokształtu okoliczności towarzyszących złożonej ofercie zachowanie wykonawcy proponującego niższą cenę nie było ukierunkowane na wybór oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę w postępowaniu i czy w związku z tym można mówić o porozumieniu tych wykonawców, które w świetle ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.). jest zakazane."

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153, poz.1503 z późn. zm.). czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes, innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym, za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Działanie wykonawców: ECM i ITERNITY pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami, co narusza interes zamawiającego - klienta w rozumieniu przywołanego przepisu art. 3 ust. 1.

Na potwierdzenie powyższego należy przytoczyć poniższe wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: Wyrok z dnia 20 marca 2013 r. KIO 517/13: „Należy przy tym podnieść, że udowodnienie zaistnienia tzw. „znowy przetargowej” musi opierać się na dowodach pośrednich (tzw. poszlakach), które wskazywać mogą jedynie na większe lub mniejsze prawdopodobieństwo takiego porozumienia. Z uwagi bowiem na tajność takich porozumień praktycznie niemożliwe jest oparcie się w tym zakresie na dowodach bezpośrednich (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06)."

Wyrok z dnia 15 stycznia 2013 r. KIO 2865/12: „za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać

*cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5-17) lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust 1 tej ustawy.”*

*Wyrok z dnia 20 czerwca 2013 r. KIO 1353/13: „Za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Zakaż zmów przetargowych wprowadza an. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny.*

*Opierając się na stanowisku Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 9 sierpnia 2006r. (sygn. akt III SK 6/06), w którym stwierdzono, że: „przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe”, Izba uznała za wiarygodne i wystarczające dla stwierdzenia istnienia niedozwolonego porozumienia między wykonawcami dowody i twierdzenie przedstawione przez odwołującego. Wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany był pogląd, że istnienie zмовы przetargowej powinno być oceniane po rezultatach i skutkach działań oraz mając na uwadze wszystkie okoliczności sprawy.”*

Wykonawcy, jak wynika z przytoczonych okoliczności mogli działać w porozumieniu, którego celem było uzyskanie zamówienia za kwotę wyższą oferowaną przez firmę ITERNITY. Świadczy o tym brak złożenia wyjaśnienia dotyczącego ceny przez ECM - oferta tańsza. Dokonując przełożenia definicji zмовы przetargowej na komentowany stan faktyczny, okoliczności świadczą, że sytuacja taka miała miejsce - a celem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zatem dla wywiedzenia zмовы przetargowej - nie można wykluczyć celowego działania zarówno po stronie ECM, jak i po stronie ITERNITY. Dla stwierdzenia porozumienia (zмовы przetargowej) nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to - co poprzez swoje

zachowanie w toku postępowania zamierzały i mogły one osiągnąć. Powyższe działania wykonawców, w ocenie Zamawiającego, wyczerpują znamiona z umowy przetargowej (tj. z umowy w ujęciu horyzontalnym).

Wskazane okoliczności oceniane w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego wskazują, że wykonawcy nie złożyli ofert, aby ze sobą konkurować. Wykonawcy działali w porozumieniu, stwarzając jedynie pozory uczciwej konkurencji. Jedynym celem uczestnictwa w postępowaniu obu wykonawców było uzyskanie zamówienia za droższą cenę, przy wykorzystaniu mechanizmu ustawy - służącego do weryfikacji czy oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny.

Trudno ocenić działanie wykonawców jako przypadkowe, co oznacza, że winno być uznane za wynik porozumienia ograniczającego konkurencję.

Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje, jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców (...). Tak wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lipca 2012 r. sygn. akt: 1287/12.

Reasumując, opisane okoliczności wystarczają do powstania domniemania faktycznego, stanowiącego podstawę stwierdzenia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postaci tzw. z umowy przetargowej pomiędzy wykonawcą ETERNITY Sp. z o. o. a wykonawcą ECM Group Polska S.A., której oferta została wcześniej odrzucona.

Wobec powyższego, potwierdzono zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, i uznano, iż złożenie w przedmiotowym postępowaniu oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i z tego względu nakazano odrzucenie oferty firmy ETERNITY.

[...]

#### V. WYKONAWCY, KTÓRZY ZOSTALI WYKLUCZENI Z POSTĘPOWANIA W WYNIKU PONOWNEJ OCENY OFERT

Z przedmiotowego postępowania wykluczono n/w Wykonawców:

[...]

3. ETERNITY Sp. z o. o., ul. Kazimierza Jeżewskiego 3A lok. 20, 02-796 Warszawa

Uzasadnienie faktyczne:

Wykonawca w wykazie głównych usług wskazał w poz. 1 zadanie „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu i nadzór inwestorski nad robotami budowlanymi w ramach przedsięwzięcia: Budowa infrastruktury odcinków Trapagaran- Gorostiza, Gorostiza-Cadagua, Cadagua-Penascal oraz Penascal-Larraskitu I etap wariantu południowego autostrady Metropolitana w Bilbao”. Na potwierdzenie powyższego, Wykonawca dołączył list referencyjny wraz z tłumaczeniem z języka hiszpańskiego na język polski, z którego wynikało, iż zamówienie wykonane na rzecz Interbiak Bizkaido Hegoaldeko Akzesibilitatea S.A. polegało na „Opracowaniu Projektu przebiegu linii, Projektu budowlano-wykonawczego, udział w procedurze udziału społeczeństwa, uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, udział w procedurze wykupu gruntów pod inwestycję oraz inżynier kontraktu i nadzór inwestorski dla Budowy infrastruktury odcinków Trapagaran- Gorostia, Gorostiza-Cadagua, Cadagua-Penascai oraz Penascat-Larraskitu I etap wariantu południowego autostrady Metropolitana w Bilbao”,

Zamawiający po przeprowadzeniu analizy wskazanych dokumentów, uznał że powyższe nie znajduje oparcia w dokumencie źródłowym jakim jest dokument potwierdzający wykonanie rzeczowego zamówienia w języku hiszpańskim. Jak wynika bowiem z tłumaczenia, zamówienie wykonane przez IDOM INGENIERIA Y CONSULTORIA obejmowało „Wsparcie techniczne przy opracowaniu projektu dotyczącego wytyczenia trasy i projektu budowlanego, wsparcie techniczne dla systemu informacji dotyczącego zamówień publicznych, dla uzyskania decyzji środowiskowej, dla procesu wyłączenia oraz dla działań kierownictwa budowy na odcinkach Trapagaran- Gorostiza: Gorostiza-Cadagua Cadagua-Penascai oraz Penascat-Larraskitu i etap wariantu południowego autostrady Metropolitana w Bilbao”.

Zamawiający, podejrzewając że Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, na mocy uprawnienia zawartego w art.26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sprawie rozbieżności pomiędzy oryginalnymi referencjami a tłumaczeniem referencji.

Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, że opis „*Direccion de Obra de la infraestructura ...*” oznacza Zarządzanie Projektem/Nadzór inwestorski nad budową infrastruktury ....

Ponadto, stwierdził, że Direccion de Obra oznacza Dyrektora Projektu ze strony Inwestora dla którego konsultant świadczy usługę tzw. Asystenta Technicznego w ramach którego realizuje projekt budowlany, doradztwo techniczne, nadzór inwestorski oraz inne usługi w zależności od umowy. Semantyka wg wyjaśniającego ma tu drugorzędne znaczenie i w ramach owej asysty technicznej nasza firma pełniła rolę inżyniera kontraktu wraz z nadzorem inwestorskim co jest opisane w referencjach. Asisteneia Tecnice w języku hiszpańskim nie jest tożsame z asystą techniczną, którą znamy w Polsce i może wyrażać zespół usług inżynierskich również projektowanie jak i nadzory inwestorskie.

Zamawiający nie uznał powyższych wyjaśnień za wystarczające. To, że zapis „Direccion de Obra de la infraestructura ...” należy wg Wykonawcy rozumieć jako „Zarządzanie Projektem/Nadzór inwestorski nad budową infrastruktury ....” nie oznacza, że właśnie taka jest treść oryginalnych referencji. Ponadto, określenie „Asistencia tecnica” wskazane w liście referencyjnym (wersja hiszpańska) oznacza pomoc, opiekę, wsparcie techniczne. W treści przedstawionego przez Wykonawcę tłumaczenia brakuje takiego stwierdzenia. Zamawiający ma na uwadze fakt, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej *„dokument referencji nie służy potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia”*, ale to nie znaczy, że treść przedstawionego tłumaczenia dokumentu referencji może się różnić od treści oryginału.

W przedmiotowych okolicznościach, zachodzi podejrzenie, że Wykonawca przedstawił celowo takie zapisy w tłumaczeniu dokumentu referencji (wskazując słowa „Inżynier Kontraktu i nadzór inwestorski”), a następnie w wykazie głównych usług, aby spełniać warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Wobec powyższego, zamawiający uważa, że Wykonawca złożył: nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Uzasadnienie prawne: art. 24 ust.2 pkt 3) ustawy Pzp.

[...]

W trakcie wyrokowania Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów przedłożone przez odwołującego na rozprawie na okoliczność wykazania braku zmyślenia przy zawieraniu umowy przetargowej pomiędzy wykonawcami oraz powodów, dla których ECM

Group Polska S.A. (zwana dalej „ECM”) nie złożyła wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny:

- Zapytanie odwołującego z dnia 14 listopada br. skierowane do ECM – w przedmiocie dlaczego ECM nie złożył wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.
- odpowiedź z ECM na powyższe z dnia 14 listopada br. – wskazanie, iż wyjaśnień nie przedłożono w związku z faktem uznania przez wykonawcę, że zaoferowana przez niego cena została oparta o błędne założenia i wyliczenia i nie byłby on w stanie uzasadnić zaoferowania ceny na takim poziomie.
- Pismo ECM z dnia 6 listopada 2013 skierowane do zamawiającego, w którym wykonawca oświadcza, iż nie umawiał się z Iternity, co do wpływania na wyniki przetargu i żadnej zmywy przetargowej się nie dopuścił.

#### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „UZNK”, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Natomiast według art. 15 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
- 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

2. Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na:

- 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy;
- 2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym;
- 3) emisji, oferowaniu oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowane przez jednego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców pozostających w związku gospodarczym, w okolicznościach wskazanych w pkt 1 lub 2.

W zakresie subsumcji czynu, którego mogli dopuścić się wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia (określanego potocznie mianem „zmony przetargowej”) do zastanych norm prawnych UZNK, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli

generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji nawet ewentualne uznanie, że – w okolicznościach sporu - nie wystąpiły przesłanki kwalifikujące dane działanie jako czyn z art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK (najczęściej odnoszony do zmowy przetargowej), prowadzi do konieczności zbadania, czy wystąpiła sytuacja opisana w art. 3 ust. 1 ww. ustawy, statuującym uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12) Tym samym dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, należy ustalić czy nastąpiło wystąpienie tzw. deliktu nazwanego (art. 5-17 UZNK) albo stwierdzić wystąpienie uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 UZNK).

Niestety w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający nie wskazał, który z czynów nieuczciwej konkurencji regulowanych w UZNK miał na myśli – co jednak w związku z podaniem wyczerpujących okoliczności faktycznych, które w jego ocenie na czyn taki się złożyły, stanowiło jedynie wadę formalną uzasadnienia czynności (w zakresie podania jej pełnego uzasadnienia prawnego) i jako takie nie stanowiło podstawy do jej uchylenia.

Podstawą dla stwierdzenia, iż wykonawcy wskazani przez zamawiającego działali wspólnie i w porozumieniu, przygotowując oraz składając swoje oferty, mając na celu uzyskanie możliwości wpływania na wynik postępowania wbrew założeniom ustawy przy jednoczesnym wykorzystaniu przewidzianych w niej mechanizmów, a więc w warunkach tzw. zmowy przetargowej (co daje się zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK), stanowi ocena ustalonych okoliczności faktycznych danej sprawy.

Jak słusznie zauważył zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, udowodnienie zaistnienia zmowy przetargowej, siłą rzeczy, w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawną-karną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców

umawiających się, co do swojego udziału w przetargu. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego – co zostało potwierdzone wprost w powoływanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zmowy przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa.

Izba uznaje więc ogólne twierdzenia i argumenty zamawiającego w przedmiocie zasad ustalania i dowodzenia zmowy przetargowej – na podstawie dowodów pośrednich, oceny całokształtu okoliczności sprawy, logiki i doświadczenia życiowego ... etc. – za jak najbardziej trafne i celne. Jednakże za błędną uznaje dokonaną przez zamawiającego, ocenę danych okoliczności związanych z udziałem Iternity oraz ECM Group Polska S.A. w przedmiotowym postępowaniu, jako przesadzających o istnieniu zmowy przetargowej pomiędzy ww. wykonawcami. Okoliczności powoływane przez zamawiającego nie stanowiły dostatecznej podstawy domniemania faktycznego o zaistnieniu zmowy i nie wystarczały do jej orzeczenia.

Jakkolwiek zawsze fakt udostępnienia potencjału w trybie art. 26 ust. 2b ustawy oraz jednoczesnego brania udziału w postępowaniu przez podmioty udostępniający i korzystający z udostępnienia, może budzić wątpliwości co do celu tego typu działań wykonawców i braku uczciwej konkurencji w postępowaniu (pomiędzy tymi podmiotami), to jednak sam w sobie nie daje podstaw do odrzucenia ofert takich wykonawców. Wątpliwości tego typu wynikają z oceny, iż nieracjonalnym wydaje się, aby podmiot udostępniający potencjał umożliwiał start w postępowaniu swoim konkurentom, których udział zmniejsza jego szansę na uzyskania zamówienia. Niemniej jednak wzajemne udostępnienie potencjału przez wykonawców jest dosyć powszechne i generalnie dopuszczane. Możliwe, że przyzwolenie dla praktyk tego typu w orzecznictwie i na rynku jest nadmierne – niewykluczone, że zasadne byłoby odwrócenie w tym przypadku rozkładu i identyfikacji, co jest zasadą, a co dopuszczalnym/niedopuszczalnym wyjątkiem wymagającym dowiedzenia, że dany przypadek narusza/nie narusza konkurencji (w nawiasie pozostawiając kwestię czy powinien to być postulat *de lege lata* czy też *de lege ferenda*). W każdym razie, w związku z brakiem generalnego zakazu ustawowego dla tego typu działań wykonawców, przyjmuje się, iż dopiero wykazanie, w konkretnych okolicznościach

danej sprawy, że dana sytuacja związana z udostępnieniem potencjału nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, pozwoli na wyeliminowanie z postępowania wykonawców w ten sposób powiązanych (udostępniających sobie wzajemnie potencjał i składających jednocześnie oferty w postępowaniu).

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyła zarówno ECM, jak też Iternity, wykazująca spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy doświadczenia „udostępnionego” jej przez ECM. Następnie, co wskazuje i podkreśla zamawiający, ECM nie złożyła wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, co spowodowało konieczność odrzucenia jej oferty. (Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Natomiast art. 90 ust. 3 stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył ww. wyjaśnień.).

Jednocześnie, w tym samym czasie, odwołujący wykazał (czy też wykazywał) spełnianie warunków udziału w postępowaniu dzięki potencjałowi udostępnionemu przez ECM.

Powyższe, tj. zarówno niezłożenie przez ECM wyjaśnień w sprawie ceny jej oferty, jak też fakt udostępnienia przez tę spółkę potencjału, umożliwiły odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Jak słusznie wskazał zamawiający, tego typu okoliczności mogą być przypadkowe, a więc stanowić przejaw normalnego przebiegu postępowania o zamówienie i niepowiązanych ze sobą działań wykonawców, mogą również prowadzić do podejrzeń o istnieniu porozumienia/zmowy wykonawców, którego tego typu działania były wynikiem.

W ocenie Izby samo wystąpienie powyższej sekwencji zdarzeń nie daje jeszcze podstaw, aby stwierdzić, iż rzeczony podejrzenie przybrało postać domniemania faktycznego wystąpienia zmowy przetargowej, przerzucające ciężar dowodzenia okoliczności przeciwnych na oskarżanych o zмовę wykonawców.

Jak wynika z daty wystawienia zobowiązania ECM, udostępnienie miało miejsce przed terminem składania ofert – brak dowodów aby przyjąć, że owego udostępnienia potencjału dokonano dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień z dnia 23.09.2013 r. Jakkolwiek na zмовę przetargową może wskazywać sam fakt zaniechania złożenia wyjaśnień dotyczących

ceny ofertowej przez ECM, to żadnego sensu i motywu nie można przypisać w tym kontekście okolicznościom związanym z sekwencją wykazywania przez Iternity spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zmawiający się wykonawcy mogliby bowiem od razu, tzn. już przy ofercie Iternity przedstawić stosowne zobowiązanie i wykaz usług, bez narażania się na niepewną ocenę dokonywanych uzupełnień i zmniejszania szans Iternity na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (ze względu na zasadę jednokrotności dokonywania uzupełnień), a co nie przeszkodziłoby im następnie przeprowadzić odrzucenia oferty ECM (przez brak wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny).

Natomiast powoływaną główną poszlakę zaistnienia zмовы przetargowej, tj. niezłożenie wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej przez ECM, przekreśla okoliczność, iż w świetle całokształtu okoliczności sprawy, rzeczoną cenę ofertową rzeczywiście należałoby uznać za rażąco niską. Ocena zakresu przedmiotu zamówienia, porównanie cen ofertowych i szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, przesądzają w tym przypadku o powstaniu domniemania, że cena jest zaniżona w stosunku do realnej, rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – co przyjął zresztą sam zamawiający odrzucając ofertę ECM na podstawie tego przepisu. Za mało prawdopodobne należy uznać wykazanie przez wykonawcę możliwości tak znacznego, dostępnego mu, obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

*A contrario*, w przypadku gdyby ECM uchyliła się od wyjaśnienia ceny realnej, niewiele obiegającej od cen innych ofert i w ten sposób doprowadziła do odrzucenia swojej oferty, zmovę cenową w tym przypadku najprawdopodobniej by orzeczono, uznając, że domniemanie jej wystąpienia powstało (o ile nie zostałyby obalone przez odwołującego).

Na zakończenie uzasadnienia rozstrzygnięcia dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, Izba wskazuje, iż oparła się w tym zakresie przede wszystkim na ocenie ww. okoliczności faktycznych. Natomiast wskazanych w ustaleniach Izby dowodom z oświadczeń zainteresowanych podmiotów, podejrzewanych o zmovę przetargową, w których oświadczały, że takiej zмовы nie było oraz deklarowały jakie były motywy ich działań, przypisano niewielką moc dowodową. Jednakże dowody te wzięto pod uwagę i jak wynika z kształtu samego rozstrzygnięcia, nie zakwestionowano ich wiarygodności i prawdziwości też w nich poświadczanych.

Uwzględniając powyższe, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp uznano za zasadny.

Odnosnie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, Izba wskazuje, iż również ten zarzut zasługuje na potwierdzenie.

W dalszej kolejności, należy wskazać, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Interpretując wskazane wyżej przesłanki wykluczenia wykonawcy, należy podkreślić ich odrębny charakter. W przypadku art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przepis wymaga materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe. Natomiast przesłanka opisana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ma bardziej formalny charakter – dla wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu nie jest konieczne ustalenie czy wykonawca materialnie warunki udziału w postępowaniu spełnia, ale ustalenie i stwierdzenie czy powyższe wykazał na stosownym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób przez zmagającego wymagany. Przepis znajdzie więc zastosowanie w stosunku do wykonawcy, który warunki udziału w postępowaniu w rzeczywistości spełnia, ale nie przedstawił stosownych informacji (dokumentów, dowodów, oświadczeń...etc.) wystarczająco potwierdzających taką okoliczność. Z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp.

Jak wynika z treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastęrcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością (innymi słowy – obiektywnie nieprawdziwe).

W treści powoływanego przepisu, ani klauzulach generalnych ustawy, nie ma żadnych odesłań, które uzależniałyby zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp od stopnia świadomości wykonawcy, co do prawdziwości informacji, którymi się w

postępowaniu o udzielenie zamówienia posługuje, lub które warunkowałyby wykluczenie wykonawcy od stopnia jego zawinienia przy braku ustalenia ich nieprawdziwości, a także intencji wykonawcy przy ich podawaniu. Powyższe powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami i przyczynami ich podania leżącymi po stronie wykonawców, może być jednak postulowane i osiągnięte, przez zastosowanie bardziej celowościowych zabiegów interpretacyjnych, co uczynił m.in. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12), gdzie jako niezbędne przesłanki zastosowania ww. przepisu wyprowadzono zawinienie i cel podania informacji. Interpretacji powołanego przepisu dokonana przez Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w ww. wyroku wyznaczyła aktualnie dominującą linię orzeczniczą. Interpretacja odwołująca się do ustalenia zamiarów i stopnia zawinienia wykonawcy znajduje również oparcie w regulacji art. 45 ust. 2 lit g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm.). zgodnie z którą, z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy.

Natomiast w kwestii samego ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle powoływanych wyżej przepisów, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 k.c.). W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi (art. 190 ust. 1 Pzp). Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić. Natomiast w przypadku istnienia dowodów, na których twierdzenia w przedmiocie nieprawdziwości podanych informacji są oparte, nie wystarczy samo zaprzeczenie tym twierdzeniom, ale konieczne staje się przedstawienie kontrdowodów lub przynajmniej zupełne zdyskredytowanie dowodów strony przeciwnej, czyli pozbawienie ich mocy dowodowej.

Za ugruntowany i trafny należy uznać wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu

powinno być udowodnione należycie. Teza ta znajduje np. potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości.

Oceniając całokształt okoliczności sprawy związanych z zarzutem nieprawdziwości informacji podanych w tłumaczeniu referencji przedstawionych przy piśmie z dnia 27.09.2013 r. przez odwołującego, Izba stwierdziła, iż na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności treści wykazu, nie znalazła wystarczających podstaw do orzeczenia i przesądzenia o świadomym, celowym i zamierzonym podaniu zamawiającemu niezgodnych z rzeczywistością informacji, przy pomocy którego zamierzano wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Przedstawione tłumaczenie jest rzeczywiście nieprecyzyjne i niedosłowne – zwroty „inżynier kontraktu i nadzór inwestorski” w dokumencie oryginalnym nie występują. Jednak charakter nieścisłości i ich geneza nie pozwalają zakwalifikować całej tej sytuacji, jako podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. (Literalnie prawidłowe tłumaczenie przedstawił przystępujący, którą to okoliczność odwołujący przyznał).

Odwołujący (lub podmiot trzeci, za którego działania odwołujący odpowiada, posługując się jego potencjałem i informacjami w tym przedmiocie przez ten podmiot udostępnianymi) dokonał w tym przypadku nie tłumaczenia, ale raczej interpretacji dokumentu tłumaczonego z uwzględnieniem zakresu usług, do których dokument oryginalny się odnosił. Innymi słowy w tłumaczeniu referencji podano informacje na temat rzeczywistego zakresu i rodzaju wykonywanych usług zamiast dosłownie przetłumaczyć bardziej ogólne zwroty z referencji. Jakkolwiek tego typu tłumaczenie jest nieprawidłowe, to jednak podanie nieprawdziwych informacji w rozumieniu ww. przepisu miałyby miejsce tylko w przypadku gdyby informacje podane w tłumaczeniu nie odpowiadałyby rzeczywistości. Tymczasem odwołujący i podmiot udostępniający mu swój potencjał oświadczają, iż w ramach wykazywanych usług pełniono rolę inżyniera kontraktu i sprawowano nadzór inwestorski, natomiast zamawiający lub przystępujący powyższego w żaden sposób nie podważyli – nie wykazali, iż informacje podawane przez odwołującego w wykazie usług oraz tłumaczeniu referencji nie odpowiadają rzeczywistości (rozumianej jako zakres wykonanych usług, a nie jako treść tłumaczonych referencji).

Na zakończenie Izba wskazuje, iż w rozpatrywanym przypadku zamawiający nie dokonał oceny spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykluczył wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zamawiający nie przesądził więc czy wykonawca w sposób wystarczający wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykazanie wskazanych w złożonym wykazie usług.

W związku z powyższym, zarzuty odwołania rozpoznano jedynie w zakresie objętym zaskarżeniem (art. 190 ust. 7 Pzp). Odwołujący nie mógł sformułować zarzutów względem powodów wykluczenia z postępowania, które nie zostały mu podane w uzasadnieniu czynności. Z tego względu w trakcie orzekania poza zakresem orzekania pozostawiono ocenę czy wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).