

Sygn. akt: KIO 2403/13

WYROK

z dnia 24 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 23 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia w dniu 11.10.2013 r. przez wykonawcę **SmallGIS sp. z o.o., 30 – 415 Kraków, ul. Wadowicka 8a** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00 – 926 Warszawa, ul. Wspólna 2**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Instytut Badań i Innowacyjnych Technologii sp. z o.o., Olsztyńska Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania im. prof. Tadeusz Kotarbińskiego, 61 – 806 Poznań, ul. Św. Marcin 29/8** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **SmallGIS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SmallGIS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.1 Zasądza od **SmallGIS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 gr) tytułem kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu zastępstwa prawnego pełnomocnika strony.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o nazwie: „Kompleksowa organizacja i przeprowadzenie szkoleń z zakresu korzystania z aplikacji do prowadzenia ewidencji miejscowości, ulic i adresów oraz z oprogramowania Modułu SDI dla przedstawicieli jednostek samorządu terytorialnego. Część I - Kompleksowa organizacja i przeprowadzenie szkoleń z zakresu korzystania z aplikacji do prowadzenia ewidencji miejscowości, ulic i adresów dla pracowników urzędów gmin.”

Odwołujący: SmallGIS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie od :

1. czynności Zamawiającego, polegającej na wezwaniu w dniu 27.09.2013r. Wykonawcy-konsorcjum Instytut Badań i Innowacyjnych Technologii sp. z o.o. oraz Olsztyńskiej Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania im. Prof. Tadeusza Kotarbińskiego (dalej: Wykonawca-konsorcjum) do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów do złożonej przez Wykonawcę-konsorcjum oferty, pod rygorem wykluczenia z postępowania i zatrzymania wadium, które to wezwanie:

1.1) nastąpiło już po uprzednim dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy-konsorcjum, w toku postępowania odwoławczego;

1.2) dotyczyło wyjaśnienia okoliczności i dokumentów, które winny być wskazane już w ofercie, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie do składania ofert,

1.3) zawierało wezwanie do złożenia wyjaśnień czy wymienione w Wykazie usług, załączonym do oferty zawierały zakwaterowanie uczestników lub do złożenia uzupełnionego wykazu usług (s. 2 pisma z 27.09.2013) - a więc wskazywało za dopuszczalną zmianę treści oferty Wykonawcę-konsorcjum;

1.4) prowadziło do rzeczywistej zmiany treści oferty Wykonawcy-konsorcjum,

1.5) nastąpiło po uprzednim powzięciu informacji przez Zamawiającego, że podane przez Wykonawcę-konsorcjum w ofercie informacje są nieprawdziwe, a ich udzielenie miało wpływ na przebieg postępowania- przy czym w piśmie - odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przyznał te okoliczności.

Wezwanie było niezgodne z ustawą PZP, albowiem- po pierwsze, dotyczyło danych i dokumentów, stanowiących element oferty i wskazanych w ofercie wystarczająco precyzyjnie, dla dokonania jednoznacznej oceny. Dlatego nie były to dane, podlegające uzupełnieniu na wezwanie, a po drugie, wezwanie wskazywało wprost na możliwość złożenia uzupełnionego wykazu usług- czyli zmianę oferty- jako jeden ze sposobów wypełnienia wezwania.

Zmiana wykazu usług, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ i załączenie nowych referencji, w miejsce złożonych przy ofercie /które to nie spełniały - jak sam przyznał Wykonawca-konsorcjum- postawionych przez Zamawiającego wymogów/, stanowiło zmianę oferty i powinno prowadzić do wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

2. czynności Zamawiającego, polegającej na uwzględnieniu i przyjęciu dokumentów i wyjaśnień Wykonawcy-konsorcjum, złożonych w piśmie z dnia 1.10.2013r:

1) odnoszących się do dokumentów i usług, nie objętych Wykazem usług i nie złożonych w ofercie, a dopiero po dokonaniu wyboru Wykonawcy- konsorcjum- i przyjęciu ich przez Zamawiającego jako prawidłowego wypełnienia wezwania, chociaż stanowiły one zmianę oferty, a więc ich złożenie powinno prowadzić do wykluczenia Wykonawcy- konsorcjum;

2) złożonych w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie jedynie w formie skanów dokumentów - a zatem bez spełnienia wymogów co do formy, określonych w § 7 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, /.../.

Zamawiający potraktował to jako prawidłowe wyjaśnienie i złożenie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP.

Nawet, jeśli przyjmując, że Zamawiający uprawniony był do wezwania konsorcjum do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, to wyjaśnienia i uzupełnienia winny dotyczyć złożonych przy ofercie oświadczeń i dokumentów, a nie opierać się na całkiem nowych referencjach i nawiązującym dopiero do nich oświadczeniu - tak jak to miało miejsce w zaskarżonym postępowaniu.

3. zaniechania czynności, wykluczenia z postępowania Wykonawcy-konsorcjum, który:

3.1) złożył w ofercie nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania; przy czym fakt złożenia nieprawdziwych informacji wynika z jego pism z dnia 23.09.2013 r. i 1.10.2013r., gdyż Wykonawca- konsorcjum wprost to przyznał, tłumacząc jedynie, że nie było to działanie celowe, co nie ma znaczenia dla sprawy,

3.2) nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia- w szczególności spełnienia tych warunków w terminie do składania ofert,

4. czynności Zamawiającego polegającej na ponownym wyborze oferty Wykonawcy,

5. czynności Zamawiającego, polegającej na przedłużeniu Wykonawcy- konsorcjum terminu do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów, wyznaczonego przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 27.09.2013r. - z wyznaczonego dnia 1.10.2013r. na dzień 2.10.2013r., pomimo braku podstaw jak również nawet uzasadnienia wniosku o przedłużenie terminu, Zamawiający odmówił Odwołującemu wglądu do korespondencji e-mail, który zawierałby datę i dokładną godzinę wpływu wniosku o przedłużenie terminu- tak więc Odwołujący domniema, że wpływ wniosku nastąpił po godzinie wpłynięcia wyjaśnień Wykonawcy-

konsorcjum w dniu 1.10.2013r , co miało miejsce wyłącznie w formie niezgodnej z określoną w § 7 ust. 1 i 2 Rozporządzenia PRM z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form/.../;

6. zaniechania czynności unieważnienia pierwotnie przeprowadzonej czynności oceny i wyboru oferty Wykonawcy-konsorcjum, o którym Zamawiający zawiadomił w dniu 13.09.2013 r. z poinformowaniem o tym pozostałych oferentów oraz na braku wykluczenia Wykonawcy- konsorcjum z postępowania i odrzucenia jego oferty,

7. zaniechania czynności unieważnienia pierwotnie przeprowadzonej czynności oceny i wyboru oferty Wykonawcy- konsorcjum, o którym Zamawiający zawiadomił w dniu 13.09.2013 r. i braku przeprowadzenia czynności oceny wszystkich ofert przed ponownym wyborem oferty;

8. zaniechania czynności wykluczeniu Wykonawcy- konsorcjum, który nie ustanowił pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku kiedy Wykonawca- konsorcjum obejmuje dwa podmioty, które wspólnie ubiegały się o udzielenie zamówienia,

Odwolujący wskazuje, że poprzez wskazane czynności i zaniechania Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy PZP:

1. art. 7 ust. 1 i 3 poprzez naruszenie w toku postępowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wybór oferty i udzielenie zamówienia Wykonawcy;

2. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy- konsorcjum i odrzucenia jego oferty, który to Wykonawca- konsorcjum nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, w szczególności w chwili upływu terminu do składania ofert, a zatem należało uznać, że ich nie spełnia i go wykluczyć;

3. art. 23 ust. 2 poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Wykonawcy- konsorcjum, który obejmował dwa podmioty, a żaden z nich nie ustanowił pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż udzielone pełnomocnictwo zostało udzielone do udziału w przetargu ograniczonym, podczas, gdy przetarg w postępowaniu miał charakter przetargu nieograniczonego;

4. art. 24 ust 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy składającego nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

5. art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy- konsorcjum, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu ;

6. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy PZP poprzez:

6.1) wezwanie Wykonawcy- konsorcjum do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów, nie podlegających uzupełnieniu w tym trybie,

6.2) wskazanie w wezwaniu na możliwość uzupełnienia wykazu usług, a więc zmiany oferty,

6.3) wezwanie do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty już po dokonaniu jej wyboru, a więc po zaniknięciu postępowania w sprawie wyboru oferty, bez unieważnienia dokonanego wcześniej wyboru, bez zawiadomienia o tym wszystkich oferentów i rzeczywistego powtórzenia czynności oceny ofert;

6.4) ponadto poprzez uwzględnienie wyjaśnień i dokumentów, złożonych przez Wykonawcę- konsorcjum, powodujących zmianę oferty - i to nie tylko po terminie składania ofert, ale i po wyborze Wykonawcy- konsorcjum, a także po wyznaczonym przez Zamawiającego w wezwaniu terminie i w postaci dokumentów, złożonych z naruszeniem formy, określonej w §7 ust. 1 i 2 Rozporządzenia PRM z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów/.../,

6.5) poprzez doprowadzenie przez Zamawiającego do dokonania rzeczywistej zmiany w treści oferty Wykonawcy- konsorcjum, które to naruszenia miały rzeczywisty wpływ na ponowny wybór Wykonawcy- konsorcjum do realizacji zamówienia i ponowny wybór w postępowaniu zmienionej oferty;

7. art. 89 ust. 1 p. 2) poprzez brak odrzucenia oferty Wykonawcy- konsorcjum, której treść nie odpowiada treści SIWZ;

8. art. 91 ust 1. ustawy PZP poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy- konsorcjum, który powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona;

9. art. 181 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez błędne zastosowanie przewidzianego tam trybu konwalidacji postępowania, polegającego na ponawianiu czynności wyboru oferty Wykonawcy-konsorcjum, przewidzianego odrębnie od postępowania odwoławczego - przy czym Zamawiający je zastosował w sytuacji, gdy w sprawie toczyło się postępowanie odwoławcze przed KIO pod sygn. KIO 2252/13;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1/ unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Instytut Badań i Innowacyjnych Technologii sp. z o.o. oraz Olsztyńskiej Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania im. Prof. Tadeusza Kotarbińskiego jako najkorzystniejszej,

2. wykluczenia Konsorcjum z postępowania,

3. odrzucenia oferty Konsorcjum,

4. dokonania ponownych czynności badania i oceny ofert, oraz powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej,

Ponadto Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci:

- 1) akt sprawy KIO sygn. KIO 2252/13;
- 2) wszystkich dokumentów dotyczących postępowania przetargowego wraz z korespondencją mailową /wydruku z serwera/ pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą-konsorcjum w dniach 20.09.2013- 2.10.2013r. - przy czym wnosi się o wystąpienie przez KIO o akta tej sprawy;
- 3) dokumentów, załączonych do niniejszego odwołania, tj.:
 - 3.1) protokół notarialny z dnia 23.09.2013 z printscreenami
 - 3.2) protokół notarialny z dnia 19.09.2013 z printscreenami
 - 3.3) wydruk maila z dnia 27.09.2013 z załącznikiem- pismem z Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Olsztynie
 - 3.4) wydruk maila z dnia 26.09.2013 z załącznikiem - pismem z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego.

Oferta Odwołującego, która została sklasyfikowana na drugim miejscu, zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz uzyskania i realizacji w/w zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

13 września 2013 r. Zamawiający dokonał oceny ofert, złożonych w przedmiotowym postępowaniu i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty konsorcjum.

Odwołujący stwierdził, że wybór dokonany został z naruszeniem przepisów ustawy PZP i złożył w dniu 20 września 2013 r. odwołanie do KIO.

W odwołaniu wskazał m.in. na zarzut, dotyczący zaniechania czynności, polegającej na wykluczeniu Wykonawcy, nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, określonych w art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy i składającemu w postępowaniu informacje nieprawdziwe, a mianowicie o spełnieniu przez usługi, wskazane w wykazie usług, objęty załącznikiem nr 5 do SIWZ, wymogów Zamawiającego- co miało wpływ na rozstrzygnięcie postępowania.

Tymczasem usługa nr 2 z wykazu usług, wymogów w rzeczywistości nie spełniała. W takiej sytuacji Wykonawca- konsorcjum nie wykazał spełnienia w zakresie wykazania wiedzy i doświadczenia przeprowadzenia co najmniej dwóch usług szkoleniowych, które spełniały następujące warunki:

- 1) co najmniej jedna usługa przeprowadzona była dla łącznej liczby minimum 800 uczestników szkoleń i była realizowana w minimum 4 lokalizacjach,
- 2) co najmniej jedna usługa była o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 PLN brutto,
- 3) każda usługa przeprowadzona została wg opracowanego przez Wykonawcę programu szkoleniowego,

- 4) każda usługa zawierała wykłady i ćwiczenia komputerowe,
- 5) każda usługa obejmowała minimum 16 godzin szkoleniowych dla jednego uczestnika szkolenia,
- 6) w ramach każdej ww. usługi zapewniono: a) wykładowców/szkoleniowców/trenerów, b) materiały szkoleniowe dla każdego uczestnika, c) sale szkoleniowe, d) sprzęt komputerowy do ćwiczeń komputerowych, e) wyżywienie i zakwaterowanie uczestników.”.

Wykonawca- konsorcjum złożył równocześnie oświadczenie, że obie podane w ofercie pierwotnej usługi obejmowały wyżywienie i zakwaterowanie uczestników, choć tak nie było.

Okoliczności te - w tym złożenie nieprawdziwych informacji, zostały zasadniczo co do faktów przyznane przez Wykonawcę- konsorcjum w toku postępowania odwoławczego- a mianowicie w piśmie z dnia 23.09.2013 r., a następnie w piśmie z dnia 1.10.2013. W tym samym piśmie Wykonawca- konsorcjum uzupełnił wykaz usług, zawarty w ofercie, wskazując dodatkowe 4 usługi.

Sprawa z odwołania Odwołującego toczyła się w KIO pod sygn. KIO 2252/13.

Bezpośrednio przed terminem posiedzenia, w dniu 2.10.2013r., przedstawiciel Zamawiającego wręczył Odwołującemu dokumenty, obejmujące:

- 1) wezwanie Wykonawcy- konsorcjum do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów, wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu pod rygorem wykluczenia z postępowania i zatrzymania wadium z dnia 27.09.2013r., wyznaczające termin do wykonania wezwania na dzień 1.10.2013 r.
- 2) wniosek Wykonawcy- konsorcjum o przedłużenie terminu do dnia 2.10.2013 r.
- 3) wezwanie Wykonawcy- konsorcjum z przedłużeniem terminu
- 4) pismo z dnia 1.10.2013 r. z uzupełnieniem dokumentów i wyjaśnieniami
- 5) zawiadomienie z dnia 2.10.2013 o ponownym wyborze oferty Wykonawcy- konsorcjum.

Ogłoszenie o ponownym wyborze zostało umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 2.10.2013 r., godzina 11:11:05, a więc w czasie bezpośrednio poprzedzającym czas posiedzenia KIO. Na skutek powyższego działania Zamawiającego i dokonania przez niego ponownego wyboru, odwołanie, wniesione w sprawie KIO 2252/13, dotyczące wyboru pierwotnego, stało się bezprzedmiotowe, w związku z czym Odwołujący cofnął odwołanie w tej sprawie.

Koniecznym stało się natomiast wniesienie odwołania od kolejnych czynności Zamawiającego, mających prowadzić de facto do sanowania i usankcjonowania czynności Zamawiającego i Wykonawcy- konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uzasadniając dodatkowo przedstawione w petitum odwołania zarzuty, odwołujący wskazał, że: Zgodnie z orzecznictwem KIO oraz Sądów powszechnych, główną ideą i podstawą

ustanowienia prawa zamówień publicznych było zapewnienie wszystkim podmiotom, przystępującym do postępowań o uzyskanie zamówień, równych szans na każdym etapie tego postępowania. W tym celu do ustawy wprowadzono szereg uregulowań, stanowiących o konieczności zachowania przez uczestników postępowań zasad uczciwej konkurencji, (patrz m.in. wyrok SO w Warszawie z dnia 18.09.2011 r. sygn. XXIII Ga 380/11).

Zamawiający zobowiązany jest zawsze do traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (patrz: wyrok SO w Szczecinie z dnia 30.05.2011 r. sygn. C 317/09).

Celem przetargu pozostaje wybór najkorzystniejszej oferty, spośród tych, które już na starcie będą spełniały podstawowe wymogi określone w SIWZ. (wyrok SO w Krakowie z dnia 6 listopada 2009 r., sygn. XII Ga 317/09).

Nie można zatem przyjąć, że niezgodność czy też nie spełnienie wymogów zamawiającego w tym zakresie, którą była dotknięta oferta pierwotna Wykonawcy- konsorcjum, a która polegała na złożeniu nieprawdziwych informacji, mogłoby być usunięte czy uzupełniane bądź to poprzez złożenie dodatkowych dokumentów bądź też w drodze zmiany wykazu usług, następującego w realizacji wezwania Zamawiającego (art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy PZP), bądź też w drodze wyjaśnienia, określonego w oparciu o dyspozycję z art. 87 ust.1 ustawy PZP - jak to miało miejsce w przypadku kwestionowanego postępowania.

Oparcie swojego stanowiska- ponownego wyboru- przez Zamawiającego na dokumentach nowych, uzupełnionych i nie odnoszących się do dokumentu pierwotnie złożonego w ofercie jest wadliwe (patrz: wyrok KIO z dnia 2.10.2012r. sygn. KIO 2003/12) . Oczywistym jest, że każdorazowo wszyscy Wykonawcy dążący do uzyskania zamówienia będą składać oświadczenia i jakiegokolwiek referencje, twierdząc, że spełniają one wymogi postawione przez Zamawiającego i działając w swoim szeroko rozumianym interesie. Brak jest przy tym podstaw do ponownego wezwania do wyjaśnień, gdyż podmiot profesjonalny winien zdawać sobie sprawę z konsekwencji swoich działań, a w tym przypadku złożenia oświadczenia niezgodnego z prawdą.

W konsekwencji nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, a ewentualne inne działanie prowadziłoby do nadużyć i manipulowania wynikami.

Podobnie w tym konkretnym przypadku, doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji (art. 7 P.z.p.) poprzez dopuszczenie do modyfikacji wybranej uprzednio jednostronnie przez zamawiającego oferty i wpływanie na jej treść już po dokonaniu wyboru, co wypacza całą istotę przedmiotowego przetargu.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania Wykonawcy - konsorcjum do wyjaśnień lub uzupełnień w pierwszym procesie badania ofert,

ponieważ wg złożonego na ten moment oświadczenia Wykonawcy- konsorcjum- które, jak później udowodnił Odwołujący w odwołaniu z dnia 20.09.2013 r. było nieprawdziwe- uznał jednoznacznie, że były spełnione warunki. Tymczasem po wniesieniu odwołania Zamawiający powziął informację o nieprawdziwych informacjach i oświadczeniach Wykonawcy - konsorcjum, i powinien był zgodnie z żądaniem Odwołującego wykluczyć Wykonawcę - konsorcjum oraz odrzucić jego ofertę, a nie wzywać do wyjaśnienia czy uzupełnienia oferty.

W niniejszej sprawie przedmiotem uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 27.09.2013 nie były bowiem de facto oświadczenie i dokumenty referencji, które Wykonawca - konsorcjum przedłożył do oferty w wykazie usług - załączniku nr 5 do SIWZ, a nowe oświadczenie i referencje, które przedłożył już po wyborze jego oferty (gdzie okazało się, że wybór ten nastąpił przy braku spełnienia przez Wykonawcę- konsorcjum warunków udziału w postępowaniu) i dopiero następczym w stosunku do wyboru- wezwaniu przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy PZP.

Tymczasem, powołując się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, można wskazać, że dokumenty, potwierdzające spełnienie przez oferenta wymogów określonych w SIWZ, stanowią składniki oferty, których uzupełnianie w toku postępowania przetargowego nie może prowadzić do dokonywania jakichkolwiek zmian treści oferty. Dotyczy to zastępowania - już po wyborze- złożonych wcześniej referencji /nie potwierdzających wykonania usług, zgodnie z wymogiem Zamawiającego/ innymi, z których wyłącznie jedna- „Ekonomia Społeczna” potwierdza, a i to budzi wątpliwości wykonanie usługi, określonej w załączniku nr 5 do SIWZ.

Kolejne usługi, przedstawione po wezwaniu do uzupełnienia przez Wykonawcę-konsorcjum nie spełniają wymagań Zamawiającego, a ich złożenie powinno zostać potraktowane jako złożenie przez Wykonawcę- konsorcjum nieprawdziwych informacji.

Są to: 1. Projekt o nazwie „Akademia sieci CISCO”- zakończony w 2012 r.

2. Studia podyplomowe: a) „Zawody przyszłości- studia podyplomowe dla pracowników przedsiębiorstw” b) „Wykwalifikowany mechatronik i informatyk- studia podyplomowe dla pracowników przedsiębiorstw.”

Z informacji ogólnodostępnych wynika, że wskazane powyżej usługi, mające świadczyć o rzekomo posiadanej wiedzy i doświadczeniu, po raz kolejny nie spełniają wymogu Zamawiającego, odnośnie zapewnienia uczestnikom zakwaterowania.

Na stronach projektu oraz z informacji przekazanych przez instytucje finansujące wynika, że w zakresie żadnej ze wskazanych usług wykonawca nie zapewniał zakwaterowania. Dla wyjaśnienia należy dodać, że zapewnienie zakwaterowania oznacza zapewnienie miejsca do noclegu w dogodnej lokalizacji wraz z wyżywieniem uczestnikom. Uczestnik ma mieć

zapewniony i opłacony nocleg ze śniadaniem oraz wyżywienie. Wykonawca bierze na siebie w przypadku obowiązku zapewnienia zakwaterowania odpowiedzialność za to, żeby uczestnicy mieli gwarancję noclegu i wyżywienia. Zwrot kosztów noclegu, i to wyłącznie w szczególnych przypadkach oznacza, że sami uczestnicy mają zadbać o swój nocleg, a nadto, że dopiero w wypadku spełnienia dodatkowych wymagań mogą się ubiegać o zwrot związanych z tym wydatków.

W przypadku powyżej wskazanych trzech usług sytuacja kształtuje się następująco:

„Akademia sieci CISCO”- usługa, która mogłaby być uznana za szkoleniową, nie zawierała zakwaterowania. Na dowód Odwołujący przedstawia informacje zawarte na stronie projektu prowadzonej przez Olsztyńską Wyższą Szkołę Informatyki i Zarządzania im. Prof. Tadeusza Kotarbińskiego, potwierdzone notarialnie oraz informację Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Olsztynie z dnia 27.09.2013 r. /wydruk z poczty elektronicznej- mail z załącznikiem/.

Dodatkowo Zamawiający wymagał samodzielnego opracowania programu szkoleniowego i przeprowadzenia usługi według tego programu. Z informacji zawartych na stronach WUP dotyczących prowadzonych projektów dofinansowanych (<http://pokl.up.gov.pl/index.php/pl/znaid-proiekt/proiekt-y-dofinansowane-przez-wup>) oraz na stronach samego Wykonawcy-konsorcjum www.owsiiz.edu.pl/articles.php5?id=205 w opisie projektu Akademia Sieci Cisco - kurs dla pracowników branży ICT z województwa warmińsko - mazurskiego, jest zaznaczone: „Program kursu jest certyfikowanym programem CISCO”. Zatem usługa ta nie spełnia również drugiego wymogu stawianego przez Zamawiającego.

„Zawody przyszłości- studia podyplomowe dla pracowników przedsiębiorstw”- usługa, która w rzeczywistości w ogóle nie jest usługą szkoleniową, tylko edukacyjną. Nawet jednak gdyby przyjąć, że spełnia kryterium „usługa szkoleniowa” ponownie nie zapewniano zakwaterowania uczestnikom. Wykonawca gwarantował jedynie zwrot kosztów dojazdu, a w szczególnych przypadkach zwrot kosztów noclegów.

„Wykwalifikowany mechatronik i informatyk - studia podyplomowe dla pracowników przedsiębiorstw.”- ponownie mamy do czynienia z usługą , która nie mieści się w definicji „usługa szkoleniowa”. Nawet jednak gdyby przyjąć, że spełnia kryterium „usługa szkoleniowa” ponownie nie zapewniano zakwaterowania uczestnikom. Wykonawca gwarantował jedynie zwrot kosztów dojazdu, a w szczególnych przypadkach zwrot kosztów noclegów.

Jedynie usługa „Ekonomia Społeczna” - studia podyplomowe dla 30 uczestników-pracowników publicznych i niepublicznych jednostek organizacyjnych pomocy i integracji społecznej, realizowana w ramach projektu „Efektywnie, Fachowo, Skutecznie na Warmii i Mazurach”, która w rzeczywistości w ogóle nie jest usługą szkoleniową, tylko edukacyjną, spełnia inne wymogi, określone w SIWZ.

Braki oferty nie mogą być sanowane poprzez składanie w nieskończoność kolejnych referencji w każdym przypadku ich zakwestionowania- na kolejne wezwania Zamawiającego po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Prowadzi to do następczej modyfikacji oferty wybranego wykonawcy, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy PZP i zakazu nierównego traktowania oferentów. Uzyskując możliwość praktycznie nieograniczonego w czasie uzupełniania oferty, Wykonawca- konsorcjum został w najwyższym zakresie uprzywilejowanym w stosunku do innych oferentów.

Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Przez wynik postępowania bez wątpienia należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej, jednakże w przypadku omawianej przesłanki tak wąskie ujęcie wydaje się nie odpowiadać celowi przepisu. Zamawiający, stwierdzając że zachodzi okoliczność implikująca konieczność wykluczenia z postępowania, obowiązany jest czynności tej dokonać. Zamawiający powinien wykluczać wykonawców z postępowania niezwłocznie po uzyskaniu wiadomości o istnieniu przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy (T. Czajkowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, s. 102).

Jak wskazuje się w orzecznictwie "szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik postępowania są informacje przedkładane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem. Za nieprawdziwe mogą zostać uznane takie informacje, które są niezgodne z faktami i przedstawiają odmienny od rzeczywistości stan rzeczy. Tym samym informacje nieprawdziwe to takie, które odmiennie prezentują istniejący stan rzeczy mogący wywołać u odbiorcy, do którego są kierowane, mylne wyobrażenie o istotnych dla tego podmiotu okolicznościach i faktach.

Fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu, bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Nie będzie również miał znaczenia zamiar wykonawcy, stan jego świadomości lub stopień zawinienia. Bez znaczenia pozostaje sposób przedstawienia informacji nieprawdziwych, a także fakt, czy zostaną one przedłożone wraz z wnioskiem lub ofertą, czy też zostaną przedstawione w ramach uzupełnienia dokumentów w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 3 pzp, czy też w ramach wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 pzp. Bez znaczenia jest również okoliczność, czy będą to oświadczenia lub dokumenty sporządzone przez wykonawcę, czy też przez podmioty trzecie. Istotne jest jedynie przedstawienie w

jakiegokolwiek formie w toku postępowania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na jego wynik" (Wyrok KIO 66/12; LEX nr 1148289).

Przedstawione okoliczności dowodzą, że Wykonawca- konsorcjum w ramach oferty złożyło nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, co wobec zaniechania wykluczenia tego oferenta i odrzucenia jego oferty, co Zamawiający powinien był uczynić, zamiast wzywać do uzupełnienia wykazu usług.

W razie zastosowania prawidłowego trybu postępowania, z oparciem się Zamawiającego na dokumentach, złożonych do oferty, nawet w przypadku uznania, że Zamawiający był uprawniony do wezwania do wyjaśnienia i złożenia dokumentów, Wykonawca- konsorcjum nie był w stanie złożyć takich wyjaśnień, uzupełnień ani oświadczenia w stosunku złożonych wraz z ofertą dokumentów, aby wynikało z nich spełnienie wymogów udziału w postępowaniu.

Zamawiający powinien pominąć dodatkowe oświadczenia i dokumenty, złożone na wezwanie, uznać wezwanie za niezrealizowane i wykluczyć Wykonawcę- konsorcjum z postępowania, jako, że nie spełniał on warunków udzielenia zamówienia, a także złożył nieprawdziwe informacje.

Zamawiający nie dość, że wzywał Wykonawcę do wyjaśnień i złożenia dokumentów, czego nie powinien był czynić, to dodatkowo uwzględnił złożony przez Wykonawcę- konsorcjum wniosek o przedłużenie terminu do wykonania wezwania- do dnia wyznaczonego na rozprawę przed KIO, pomimo braku uzasadnienia dla tego wniosku.

Zamawiający odmówił Odwołującemu wglądu do dokumentu i korespondencji e-mail, który zawierałby datę (godzinę) wpływu wniosku o przedłużenie terminu- tak więc Odwołujący domniema, że wpływ wniosku nastąpił po dacie (godzinie) wpłynięcia wyjaśnień Wykonawcy- konsorcjum w formie niezgodnej z określonymi w § 7 ust. 1 i 2 Rozporządzenia PRM z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, /.../, co świadczyłoby o niezasadnym uwzględnieniu wniosku. Tymczasem spóźnienie się z wypełnieniem wezwania skutkuje wykluczeniem z postępowania, a więc okoliczność ta ma niebagatelne znaczenie.

Działając we wskazany sposób- umożliwiając Wykonawcy- konsorcjum rzeczywistą modyfikację złożonej oferty już po wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający naruszył obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i w efekcie wybrał wykonawcę z naruszeniem przepisów ustawy PZP, zamiast go wykluczyć i odrzucić jego ofertę.

Odnosząc się dalej do kwestii dokonania przez Zamawiającego wezwania, którego zaniechał przed wyborem pierwotnym, a także do dokonania ponownej oceny i ponownego wyboru oferty konsorcjum Wykonawcy- należy wskazać, że tryb, obejmujący powtarzanie czynności w postępowaniu przetargowym, jest przewidziany w art. 181 ustawy PZP, jako alternatywny

dla odwołania sposób sygnalizacji Zamawiającemu niezgodności z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechania czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy.

Powołany przepis w ust. 2 stanowi, że „ W przypadku uznania zasadności przekazanej informacji zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. ”. Nie było podstaw do dokonania czynności ponownej oceny i ponownego wyboru- bo nie było ze strony Odwołującego informacji w trybie art. 180 ust. 1 ustawy PZP, tylko wniósł on odwołanie do KIO. Zamawiający, jeśli podzielał zarzuty odwołania mógł w trybie art. 186 ust. 2 ustawy PZP uwzględnić zarzuty i wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu- czego jednak nie uczynił.

Dodatkowo przedstawione przez Wykonawcę-konsorcjum w postępowaniu pełnomocnictwo do reprezentowania dla Instytutu Badań i Innowacyjnych Technologii sp. z o.o. zostało udzielone do reprezentacji przy składaniu oferty w innym postępowaniu- w przetargu ograniczonym, podczas, gdy przetarg miał charakter nieograniczony.

Art. 23 ust. 2 ustawy PZP wymaga pełnomocnictwa szczególnego- do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie danego zamówienia publicznego.

Tryb postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest jednym z istotnych elementów, charakteryzujących dane postępowanie, zmiana treści pełnomocnictwa w tym zakresie, poprzez udzielenie go do przetargu ograniczonego, nie stanowi wyłącznie omyłki pisarskiej. Zgodnie z postanowieniem SN z dnia 27.05.2010r., sygn. III CZP 25/10 „Z treści art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że obejmuje ono reprezentowanie wykonawców jedynie w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do tak udzielonego pełnomocnictwa mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego dotyczące pełnomocnictw. ” , a tym samym, zgodnie z art. 104 KC, jednostronna czynność prawna, dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Wobec czego złożenie oferty przez lidera konsorcjum w imieniu konsorcjanta było w postępowaniu nieważne, co powinno skutkować wykluczeniem przystępującego z postępowania.

Do odwołania załączono dokumenty - protokół notarialny z dnia 19.09.2013r i z 23.09.2013 z printscreenami, wydruk maila z dnia 27.09.2013 z załącznikiem- pismem z Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Olsztynie, wydruk maila z dnia 26.09.2013 z załącznikiem - pismem z Urzędu Marszałkowskiego.

W toku rozprawy odwołujący w szczególności podkreślił zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który w ofercie złożył nieprawdziwe informacje i tę okoliczność potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 01.10.2013 r., w których przyznał, że w usłudze nr 2 nie zapewniano zakwaterowania uczestników. Powyższe potwierdził także w przystąpieniu do postępowania o sygn. akt KIO 2252/13. Podkreślił brak podstaw do wezwania wykonawcy o uzupełnienie wykazu usług i dokumentów potwierdzających ich wykonanie co doprowadziło w efekcie do zmiany oferty. Stwierdził, że żaden z zarzutów nie jest spóźniony. Zauważył, że terminy na wniesienie odwołania należy liczyć od określonych czynności zamawiającego. Podkreślił, że art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp mówi o fakcie obiektywnym, a w niniejszej sprawie przystępujący dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa, czego skutkiem powinno być wykluczenie go z postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że zarzut dot. pełnomocnictwa jest spóźniony, gdyż był podnoszony w poprzednim postępowaniu umorzonym w skutek cofnięcia odwołania. Niezależnie od tego z ostrożności uznaje pełnomocnictwo konsorcjantów za prawidłowe. Wskazuje na obowiązek stosowania art. 26 ust. 3 i 4 Pzp jak również na uprawnienia wykonawców do samodzielnego uzupełnienia dokumentów w toku postępowania. Wskazuje na treść wezwania z 27.09. i 01.10.2013 r., gdzie użył sformułowania „wzywam do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów”. Stwierdza, że w toku postępowania nie nastąpiła zmiana oferty. Ponadto miał uprawnienia do wykonywania czynności jako zamawiający również w toku postępowania odwoławczego. Potwierdza, że usługa o nazwie „Ekonomia społeczna” wskazana również na ster. 14 i 16 odwołania potwierdza postawiony wymóg. Składa wydruk biuletynu Urzędu Marszałkowskiego na potwierdzenie faktu, iż usługa obejmuje również zakwaterowanie i wyżywienie. Podkreśla, że ma prawo ponownej oceny i wyboru oferty w wyniku czynności uprzedniego wezwania i uzyskania dokumentów. Stwierdza, że przystępujący w wyjaśnieniach przyznał, że popełnił omyłkę w poz. 2 pierwotnego wykazu i wyjaśnił przyczyny tej pomyłki. Podkreśla, że wykonawca dysponuje wymaganym doświadczeniem, które na dzień składania ofert było własne i rzeczywiste. Stwierdza, że dla uznania przesłanki nieprawdziwych informacji z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp należy oceniać intencję składającego informacje i wpływ na wynik postępowania. Wskazuje na treść wyjaśnień w tym zakresie w piśmie z 01.10.2013 r. Przywołuje orzecznictwo. Stwierdza, że w postępowaniach z reguły uwzględnia wnioski wykonawców co do ewentualnego przedłużenia terminu na złożenie wyjaśnień lub uzupełnienie dokumentów. W niniejszym postępowaniu zgoda ta dotyczyła przedłużenia o 1 dzień, składa kopię wniosku, który został złożony 01.10.2013 r. w

formie mailowej oraz dokumentów z deklaracją podpisu kwalifikowanego i stwierdza, że w dniu następnym, przed upływem przedłużonego terminu, otrzymał wymagane dokumenty i wyjaśnienia w formie pisemnej. Dysponując tymi dokumentami 02.10.2013 r. dokonał ponownego wyboru oferty.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – Instytut Badań i Innowacyjnych Technologii Sp. z o.o. w Poznaniu oraz Olsztyńska Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania im. Prof. Tadeusza Kotarbińskiego – wniósł oddalenie odwołania.

Wskazał, iż odwołujący podnosi, że:

- 1/ zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień, do których został wezwany 27 września 2013 r.,
- 2/ zamawiający nieprawidłowo przyjął dokumenty i wyjaśnienia złożone przez konsorcjum,
- 3/ zamawiający zaniechał wykluczenia konsorcjum z postępowania,
- 4/ zamawiający bezprawnie dokonał wyboru oferty konsorcjum,
- 5/ zamawiający bezprawnie przedłużył termin na złożenie uzupełnienia dokumentów,
- 6/ zamawiający zaniechał unieważnienia czynności wyboru oferty i odrzucenia oferty konsorcjum,
- 7/ zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy, który nie ustanowił pełnomocnika konsorcjum.

Odnosząc się do tych zarzutów przystępujący wskazał, co następuje.

Ad 1-3 . Przystępujący wskazał na uprawnienie do przedłożenia innych niż złożone dotychczas dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Powołał art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy pzp i w oparciu o ich treść stwierdził, że zamawiający ma prawo wezwać wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a ponadto zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie /.../.

Przystępujący stwierdza, że posiada odpowiednie wymagane przez zamawiającego doświadczenie, gdyż jeden z członków konsorcjum wykonał w okresie ostatnich 3 lat szereg usług spełniających postawione wymogi. Usługi te zostały opisane w piśmie z 1 października 2013 r. wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Zauważył, że także

odwołujący przyznał, iż jedna z usług („Ekonomia społeczna”) spełnia wymogi, co oznacza posiadanie odpowiedniego doświadczenia.

W opinii przystępującego wszystkie wymienione w piśmie z 1 października 2013 r. usługi spełniają wymogi zamawiającego.

Wskazał na orzecznictwo dotyczące możliwości uzupełniania dokumentów i zakresu wzywania do tego uzupełnienia. Przystępujący stwierdził, że art. 26 ust. 3 dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy dokumentu zawierającego wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W opinii przystępującego wybór jego oferty był prawidłowy, czynnością tą zamawiający de facto uchylił pierwotną czynność wyboru. Wskazał na brak przepisów uniemożliwiających zamawiającemu wzywanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w toku postępowania odwoławczego. Zauważył, że zamawiający uwzględnił przy tej czynności argumentację odwołującego z poprzedniego odwołania i poinformował o tym fakcie pozostałych wykonawców.

Przystępujący uznaje za prawidłowe przedłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów. Dokumenty złożyło z wnioskiem o przedłużenie terminu, a w kolejnym dniu złożyło dokumenty w formie pisemnej (2.10.2013 r.). Zauważył, że dnia 1.10.2013 r. złożył dokumenty z podpisem kwalifikowanym, co już spełnia wymogi formalne z rozporządzenia PRM.

Odnosnie pełnomocnictwa wskazał, że rzeczywiście w jego treści znajduje się wskazanie, że dotyczy przetargu ograniczonego, ale w świetle treści pełnomocnictwa, jest to jedynie literówka nie powodująca, że pełnomocnictwo zostało wystawione w nieprawidłowy sposób oraz, że konsorcjum było nieprawidłowo reprezentowane. Wskazał na treść dokumentu, z którego wynika, jakiego postępowania dotyczy.

W toku rozprawy stwierdził ponadto, iż zarzuty dot. pełnomocnictwa, na co wskazał już zamawiający, jak i dotyczące złożenia nieprawdziwych informacji są zarzutami spóźnionymi. Podkreślił, że w toku postępowania nie nastąpiła zmiana oferty, natomiast czynności uzupełniania dokumentów i wzywania do wyjaśnień mają oparcie w przepisach ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentację postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2252/13, treść oferty przystępującego, wezwania zamawiającego do wykonawców i otrzymane odpowiedzi oraz stanowiska przedstawione w pismach procesowych i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Podniesiony przez zamawiającego i przystępującego zarzut spóźnionego przez odwołującego podniesienia zarzutu wadliwego pełnomocnictwa konsorcjantów oraz złożenia w wykazie usług nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, skład orzekający uznaje za niezasadny. Obydwa zarzuty dotyczą okoliczności, które podlegają ocenie w toku badania ofert i wyniku tych czynności, jakim jest czynność wybór oferty najkorzystniejszej oraz ewentualne wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert. Wobec faktu, że zamawiający w rzeczywistości unieważnił pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej i ponownie przystąpił do badania i oceny ofert, wykonawca miał prawo w ustawowym terminie do zaskarżenia wniesionym odwołaniem tych czynności i ich wyniku licząc termin od daty czynności wyboru, kwestionowanej przez odwołującego.

Odnosnie podstawowego zarzutu odwołania tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który w ofercie złożył nieprawdziwe informacje (str. 16 oferty) i tę okoliczność potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 01.10.2013 r. Izba uznaje zarzut za nieuzasadniony.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Ta podstawa wykluczenia związana jest z zachowaniem wykonawcy w danym postępowaniu, które to zachowanie ustawodawca kwalifikuje jako naganne. W doktrynie i orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że ziszczenie się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pozbawia wykonawcę możliwości udziału w postępowaniu i nie podlega konwalidacji np. poprzez uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, które zawierają nieprawdziwą informację, na oświadczenia lub dokumenty wolne od takiej wady w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ani przez wyjaśnienie treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, ani przez wyjaśnienie treści złożonej oferty, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, czy usunięcie nieprawdziwej informacji w drodze korekty omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Możliwe jest natomiast zastosowanie art. 26 ust. 4 czy 87 ust. 1 ustawy w celu usunięcia wątpliwości zamawiającego, czy dana informacja jest informacją nieprawdziwą. Orzecznictwo Izby oraz sądów okręgowych jest jednolite co do tego, że nieprawdziwą informacją jest informacja niezgodna z rzeczywistością, sprzeczna z istniejącym stanem faktycznym. Informacja może ujawnić się zarówno w oświadczeniach czy dokumentach służących weryfikacji podmiotowej wykonawcy (np. informacje zawarte w wykazie wykonanych usług mogą pozostawać w niezgodności z rzeczywistym zakresem zrealizowanego przedmiotu zamówienia, czasem wykonania, osobami). Nieprawdziwe informacje mogą ujawnić się także w dokumentach składających się na merytoryczną treść oferty, np. co do właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia, przyjętej technologii jego

wykonania itp. W orzecznictwie nie budzi również wątpliwości rozkład ciężaru dowodowego przy podnoszeniu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Skład orzekający zauważa, iż wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy bezspornie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe – chciał je przedłożyć) lub zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Przy tym wskazaniu należy w pierwszej kolejności wykluczyć, iż przedłożone oświadczenia i dokumenty nie są skutkiem błędnej interpretacji np. ogłoszenia czy SIWZ zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego, czy też omyłki oraz jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie 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 lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ponadto dokonując wykluczenia na podstawie powyższej przesłanki nie można pomijać zasady prawnej *in dubio pro reo* interpretowanej na gruncie prawa zamówień publicznych w ten sposób, iż wątpliwości niedających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy. Należy przy tym zauważyć, że ustawodawca wprost w art. 26 ust. 3 Pzp przewidział sytuacje, w których wykonawca przedkłada wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia zawierające błędy. Ponadto interpretacja przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp powinna być związana z 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, zwanej „dyrektywą klasyczną”. Z przepisu tego wynika, że z udziału z postępowania można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. W świetle wskazanej wykładni prawa regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy, kładąca nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji, stanowi wskazówkę interpretacyjną art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Sądy okręgowe rozstrzygające skargi na orzeczenia Izby zapadłe w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przyjęły następującą interpretację: Nie można zaakceptować poglądu, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy winno nastąpić automatycznie bez względu na przyczyny, z powodu których miało

miejsce podanie nieprawdziwych informacji. Przepis ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Ocena czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy, nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Taki sposób wykładni potwierdza także przepis art. 26 ust. 3, który nakazuje wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, które zawierają błędy oraz art. 87 ust. 2, który nakazuje poprawę omyłek w treści oferty. Analiza tych przepisów prowadzi do wniosku, że ustawodawca dopuszcza poprawienie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty, pomimo, że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością. Takie stanowisko zostały zaprezentowane w wyrokach: SO w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, SO w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt VI Ga 134/12 i SO w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. sygn. akt II Ca 1285/12 i pogląd ten podziela skład orzekający w sprawie niniejszej.

Powyższe oznacza, na gruncie niespornego stanu faktycznego, że wykonawca (przystępujący) w sporządzonym pierwotnie wykazie usług i opisie zakresu świadczenia w usłudze nr 2 omyłkowo zamieścił informacje o zakwaterowaniu uczestników. Po otrzymaniu od zamawiającego wezwania przyznał popełnienie błędu i wyjaśnił okoliczności popełnionej pomyłki, a jednocześnie przedstawił inną usługę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Izba uznaje, że treść pełnomocnictwa sporządzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (przystępującego) przy jednoznacznie określonych podmiotach i przedmiocie postępowania jest prawidłowa i pomimo użytego określenia trybu postępowania jako przetarg ograniczony zamiast nieograniczony nie pozostawia wątpliwości, że dotyczy tego konkretnego postępowania. Na poparcie niniejszego stanowiska można również wskazać na mającą zastosowanie na mocy art. 14 ustawy pzp regułę wykładni unormowaną w art. 65 kodeksu cywilnego.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy PZP poprzez wezwanie konsorcjum do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów i wskazanie w wezwaniu na możliwość uzupełnienia wykazu usług, a więc zmiany oferty, a nadto wezwanie do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty już po dokonaniu jej wyboru, bez unieważnienia dokonanego wcześniej wyboru, bez zawiadomienia o tym wszystkich oferentów i rzeczywistego powtórzenia czynności oceny ofert, a także uwzględnienie wyjaśnień i dokumentów, złożonych przez Wykonawcę- konsorcjum, powodujących zmianę oferty - i to nie tylko po terminie składania ofert, ale i po wyborze Wykonawcy- konsorcjum, a także po wyznaczonym przez Zamawiającego w wezwaniu terminie i w postaci dokumentów, złożonych z naruszeniem formy, określonej w § 7 ust. 1 i 2 Rozporządzenia PRM z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów/.../, doprowadzenie przez Zamawiającego do dokonania rzeczywistej zmiany w treści oferty Wykonawcy, skład orzekający uznaje zarzuty za niezasadne.

Izba wskazuje, że procedura wzywania wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów albo dokumentów obarczonych błędami (tak jak w sprawie niniejszej) przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy pzp, jest dla zamawiającego obowiązkowa. Należy przypomnieć, że chodzi tu o dokumenty i oświadczenia mające potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu tzw. podmiotowych (art. 25 ust. 1 pkt 1) lub przedmiotowych (pkt 2) nie stanowiących wprost treści oferty, która zgodnie z art. 87 ustawy pzp nie może być zmieniana. Izba zauważa, że warunki podmiotowe w tym dotyczące wymaganego doświadczenia, wiedzy, określonego potencjału nie stanowią treści oferty w rozumieniu ustawy pzp. W rozpoznawanej sprawie nastąpił typowy przypadek niewykazania przez wykonawcę wymaganego doświadczenia w realizacji usług wymaganych i opisanych w postanowieniach siwz (brak wymaganych dokumentów lub błędy, jak stanowi przepis), zauważony przez odwołującego, a następnie zamawiającego, który zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy wezwał wykonawcę do wykazania doświadczenia. Należy stwierdzić, że przepisy nie zabraniają wykonawcy wezwanemu wykazania się doświadczeniem wcześniej nie przedstawianym w terminie składania ofert. Izba zauważa także, że wyznaczenie terminu na uzupełnienie dokumentów i składanie wyjaśnień jest zadaniem zamawiającego prowadzącego postępowanie zgodnie z art. 15 ustawy pzp. Należy zauważyć, że brak odrębnego zawiadomienia o unieważnieniu pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej nie naruszył interesu żadnego z wykonawców. Izba nie stwierdziła przy tym naruszenia przepisów ustawy w wyznaczeniu terminu na złożenie dokumentów, dochowanego przez wykonawcę i wyrażeniu zgody na jeden dodatkowy dzień w celu złożenia dokumentów w formie pisemnej. Złożone dokumenty potwierdził spełnianie warunków udziału i po ich uwzględnieniu zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej bez naruszenia zasad i

przepisów ustawy pzp. Nie potwierdziło się także twierdzenie o uzupełnieniu dokumentów po dokonaniu wyboru oferty. Zarzut naruszenia zasady równości z art. 7 ustawy pzp jest niezasadny. Fakt, iż jedynie wykonawca - przystępujący został wezwany do wykonania czynności zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp oznacza jedynie, że pozostali wykonawcy, w tym w szczególności odwołujący złożyli oferty z dokumentami niewymagającymi uzupełnienia.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....