

Warszawa, dnia 19.11.2012 r.

UZP/DPI/O-AGA/ 11752/ 12

SĄD OKRĘGOWY W SZCZECINIE

II Wydział Cywilny Odwoławczy

ul. Kaszubska 42, 70-952 Szczecin

Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Strona przeciwna skargi: 1. Zamawiający

Gmina Miasto Szczecin

Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin

reprezentowana przez Bartłomieja Miłucha, Urząd
Miasta Szczecina, Biuro ds. Zamówień
Publicznych, Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin

2. Odwołujący

Grontmij Polska Sp. z o.o.

ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań

reprezentowany przez: 1. Włodzisława
Dzierżanowskię, Grupa Doradcza Sienna Sp. z
o.o. ul. Górnolaska 1 lok. 188, 00-443 Warszawa
2. Katarzyna Walczak, 1. Józefa Maszyńskiego

**3. Przystępujący do odwołania po stronie
zamawiającego**

Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych

Eko - Inwest Spółka Akcyjna

ul. Lucjana Szenwalda 20, 71-281 Szczecin

reprezentowany przez: adwokata Grzegorza
Mazurka, Kancelaria Prawna adwokat Grzegorz
Mazurek ul. Dworkowa 3, 00-784 Warszawa

Sygn. akt: KIO 2262/12

SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2012 r.
(sygn. akt KIO 2262/12)

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” - oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy PZP zaskarżam w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2012 r. sygn. akt KIO 2262/12.

Krajowej Izbie Odwoławczej zarzucam naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić z powodu braku po jego stronie należytej staranności przy przygotowaniu oferty, co skutkowało podaniem przez niego nieprawdziwych informacji, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może nastąpić tylko wtedy, gdy działanie wykonawcy, polegające na złożeniu nieprawdziwych informacji, było celowe i zamierzone, a wykonawcy można przypisać winę umyślną oraz gdy złożenie nieprawdziwych informacji miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą i tym samym zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wnoszę o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania;
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp i jednocześnie nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

UZASADNIENIE

I. Uzasadnienie formalne skargi:

W myśl postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”). Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposażyła Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu (zamawiającego, odwołującego czy uczestnika postępowania), ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

II. Uzasadnienie zarzutów skargi:

Przechodząc do uzasadnienia zarzutów niniejszej skargi w pierwszej kolejności wskazać należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza (zamiennie „Izba”) naruszyła art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić z powodu braku po jego stronie należytej staranności przy przygotowaniu oferty, co skutkowało podaniem przez niego nieprawdziwych informacji, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując że informacje dotyczące doświadczenia Przemysława Grabskiego okazały się niezgodne z rzeczywistością, co wykazał odwołujący Grontmij Polska Sp. z o.o. m.in. za pomocą informacji pochodzących z ogólnodostępnego rejestru członków Okręgowych Izby Inżynierów Budownictwa, znajdującego się na stronach internetowych Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, z których wynika, że Przemysław Grabski jest członkiem Zachodniopomorskiej Izby Inżynierów Budownictwa dopiero od roku 2012 i wcześniej nie był członkiem żadnej innej izby. W ocenie Izby podanie przez Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Eko – Inwest S.A. z siedzibą w Szczecinie (dalej „Eko – Inwest S.A.”) nieprawdziwych informacji było skutkiem braku należytej staranności, której należy oczekiwać przy przygotowaniu oferty. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia składa ofertę oraz wymagane oświadczenia i dokumenty w imieniu własnym i ponosi odpowiedzialność za ich treść, stąd przed ich złożeniem winien się upewnić, czy deklarowany w nich stan rzeczy jest zgodny z rzeczywistością. W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania zmiana tego stanu rzeczy jest niemożliwa, gdyż nie zamawiający nie ma podstaw prawnych do żądania od niego ewentualnego zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, ponieważ dopuszczalne jest tylko uzupełnienie dokumentów niezłożonych lub dokumentów wadliwych, a nie dokumentów, które zawierają informację nieprawdziwą.

Powyższe stanowisko Izby, w świetle którego wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić z powodu braku należytej staranności przy przygotowania oferty, abstrahuje jednak od unormowania zawartego w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyklucza wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność zamawiającego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może mieć miejsce jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: 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 przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest dodatkowo udowodnienie, że w danych okolicznościach złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Przywołany przepis ustanawia zatem sankcję, którą zamawiający jest zobowiązany zastosować jedynie w określonych przypadkach – w razie podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Podstawową funkcją regulacji wymienionej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie podając nieprawdę wprowadzają w błąd zamawiającego, co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania. Celem regulacji przewidzianej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest natomiast eliminacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy omyłkowo, nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością i których zamiarem nie było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Wykluczanie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może również zachodzić w sytuacji braku możliwości zweryfikowania przez zamawiającego czy wykonawca w istocie podał nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik z powodu niezyskania od niego jakichkolwiek wyjaśnień, pomimo uprzedniego wezwania do ich złożenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy wskazać, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od 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. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm., zwana dalej „dyrektywą klasyczną”). Zgodnie z treścią art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy klasycznej 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.

Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników, takich jak przykładowo wpływ błędu na prawidłowość ustaleń poczynionych w trakcie postępowania przetargowego. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy, nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie zamawiającego w błąd. Uznanie za winnego ma charakter obiektywnego stwierdzenia takiej okoliczności, ustawodawca nie wymaga tutaj żadnego orzeczenia właściwego organu (A. Sołtysińska, Europejskie prawa zamówień publicznych. Komentarz. Kraków, 2006, str. 361).

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, interpretując przepisy krajowe wydane w celu transpozycji postanowień dyrektyw Unii Europejskiej należy kierować się tzw. prowspólnotową wykładnią prawa (obecnie: prounijną wykładnią prawa). Stosując prawo krajowe należy więc dokonywać jego wykładni w świetle treści i celu dyrektyw, dla osiągnięcia zakładanego przez nie rezultatu (sprawa C-14/83 *Von Colson i Kamann*, C-106/89 *Marleasing*, C-241/06 *Lammerzahn*). Dokonując wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie można zatem abstrahować od przepisu art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy klasycznej, którego celem jest niewątpliwie eliminacja z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy umyślnie wprowadzają w błąd zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż w świetle prounijnej wykładni prawa, regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy klasycznej, kładąca nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych informacji, czyli wskazująca na postać winy umyślnej, winna stanowić wskazówkę interpretacyjną wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie można zatem podzielić stanowiska Izby wyrażonego w zaskarżonym wyroku, że powyższy przepis dyrektywy klasycznej nie zawiera doprecyzowań, które wskazywałyby na postać winy, gdyż nie mówi ani o zamiarze, ani też o celowości działania wykonawcy.

W przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza nakazując zamawiającemu wykluczenie Eko – Inwest S.A. dokonała błędnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uznając, iż w sytuacji podania nieprawdziwych informacji w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, przy niezachowaniu przez wykonawcę należytej staranności w przygotowaniu oferty, automatycznie aktywizuje się obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, iż zamawiający uzyskał wiedzę o złożeniu przez wykonawcę Eko – Inwest S.A. nieprawdziwych informacji, dopiero w chwili złożenia odwołania przez Grontmij Polska Sp. z o.o. Nadto, z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że wykonawca Eko – Inwest S.A. wyraził przekonanie, że złożenie przez niego nieprawdziwych informacji dotyczących Przemysława Grabskiego nastąpiło wskutek omyłki, a co za tym idzie nie można przypisać temu wykonawcy winy umyślnej i w konsekwencji brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zaprezentowana wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest także niezgodna z prounijną wykładnią przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonywaną przez pryzmat art. 45 ust. 2 lit g) dyrektywy klasycznej.

W tym miejscu należy zauważyć, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest przepisem o charakterze sankcyjnym, który nie może być interpretowany rozszerzająco. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu ze względu na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji nie może mieć miejsca w wypadku, gdy nie stwierdzono jednoznacznie owej nieprawdziwości. Przypisanie wykonawcy nieprawdziwych informacji jest czynnością skutkującą istotnymi następstwami prawnymi, zatem zarzut taki powinien być wykazany w sposób niewątpliwy i jednoznaczny na podstawie niezaprzeczalnych i oczywistych dowodów. W tym celu zamawiający, korzystając z uprawnień nadanych mu przez ustawodawcę na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (w zakresie oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (w zakresie treści oferty), wzywa wykonawcę w stosunku do którego zaistniało podejrzenie, iż złożył nieprawdziwe informacje, do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionych przez niego informacji, które budzą wątpliwości, co do ich zgodności z rzeczywistością. Dopiero uzyskanie przez zamawiającego pewności, co do faktu złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę

w wyniku dokonania weryfikacji złożonych wyjaśnień umożliwi zamawiającemu zastosowanie daleko idącej sankcji w postaci eliminacji wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie jest natomiast uprawnione wykluczanie wykonawcy z udziału w postępowaniu wyłącznie w sytuacji niezłożenia przez niego wyjaśnień w zakresie prawdziwości informacji wskazanych w dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takich okolicznościach zamawiający nie ma bowiem możliwości zweryfikowania, czy dokumenty złożone przez wykonawcę na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu zawierające informacje wątpliwe zostały złożone przez wykonawcę świadomie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd i wyłudzenia zamówienia publicznego. W takim przypadku bowiem zamawiający nie jest w stanie udowodnić czy w istocie informacje złożone przez wykonawcę są nieprawdziwe. Tymczasem, to zamawiający, dokonując czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, zobligowany jest do wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności (art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) i to na nim ciąży obowiązek udowodnienia, że dane informacje są nieprawdziwe (art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Fakt złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę zamawiający winien wykazać za pomocą dowodu wskazującego na zaistnienie w sposób pewny zarzucanych wykonawcy zachowań, w konkretnie stwierdzonych okolicznościach. Zaistnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinno zostać udowodnione w sposób niebudzący wątpliwości, w przeciwnym bowiem razie zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostanie zachowana. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt: XII Ga 420/09), w którym wskazano, iż wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (w aktualnym stanie prawnym także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania.

W kontekście powyższego, podkreślenia wymaga, iż ustawa Pzp wyposażała zamawiającego w instrumentarium prawne umożliwiające ustalenie czy informacje podane przez wykonawcę są nieprawdziwe poprzez przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, na podstawie art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Dopiero od takiego wszechstronnego wyjaśnienia wszystkich okoliczności będzie zależała ocena zamawiającego, czy w danym postępowaniu w istocie doszło do podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę. Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonując oceny dokumentów i oświadczeń w złożonej ofercie, w pierwszej kolejności powinien wykluczyć, iż przedłożone dokumenty i oświadczenia nie są skutkiem błędnej interpretacji np. SIWZ zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego, czy też omyłki, a także jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie pozwoliłyby na uznanie, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich

przedłożenie miało na celu niezgodne z przepisami ustawy Pzp uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, a zatem mogło lub miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 766/09).

Przyjęcie poglądu zaprezentowanego w zaskarżanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, sprowadzającego się do uznania iż zamawiający winien wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w sytuacji gdy wykonawca ten nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, odnoszącego się do osoby Przemysława Grabskiego, doprowadziłoby również do zatarcia granic pomiędzy przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przypadku bowiem dokonania przez wykonawcę wadliwej interpretacji zapisów SIWZ w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i pozostawiania przez wykonawcę w przekonaniu o spełnieniu tychże warunków, a w konsekwencji przedstawienia dokumentów, które nie potwierdzałyby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przyjmując stanowisko Izby zaprezentowane w zaskarżanym wyroku, wykonawca taki automatycznie byłby objęty sankcją w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Powyższe rozumienie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przeczy natomiast ustawowemu rozróżnieniu wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania od wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zważywszy na cel wprowadzonego rozróżnienia w zakresie podstaw wykluczania wykonawcy z udziału w postępowaniu, nie sposób zaakceptować stanowiska wyrażonego w zaskarżanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Podkreślenia wymaga, iż pogląd wpisujący się w prounijną wykładnię przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w świetle którego nieprawdziwą informacją jest taka informacja, która wynika z celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, jest poglądem dominującym zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko zostało wyrażone m.in. w następujących wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 21 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 814/08), z dnia 24 października 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1098/08), z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 278/09), z dnia 19 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09 i KIO/UZP 605/09), z dnia 2 lipca 2009 r. (sygn. akt: KIO UZP/766/09), z dnia 21 września 2010 r. (sygn. akt: KIO 1820/10), z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 2770/10), z dnia 9 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO 371/11) z dnia 2 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 2252/11), z dnia 29 grudnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 2698/11), z dnia 22 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO

267/12), z dnia 26 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 491/12), z dnia 12 kwietnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 590/12 i KIO 600/12).

Również z orzecznictwa sądów okręgowych, rozpatrujących skargi od orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą, wynika przyjęcie prounijnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. 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] w świetle przepisów dyrektywy klasycznej, a więc zawinionego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. 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. Także w ostatnio wydanym wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12), wydanym w wyniku skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 kwietnia 2012 r. stwierdzono, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp 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. Powyższe wyroki sądów okręgowych zostały załączone do niniejszej skargi.

Na tle prezentowanego dominującego orzecznictwa, nie sposób nie zwrócić uwagi, iż zaskarżany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w świetle którego wystarczającą podstawą do wyeliminowania wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest brak po stronie wykonawcy należytej staranności, jakiej należy wymagać przy przygotowaniu oferty, stanowi nieuzasadniony względami natury merytorycznej wyjątek i godzi w ugruntowaną linię orzeczniczą przyjętą na gruncie prounijnej interpretacji ww. przepisu ustawy. Taki stan rzeczy wymaga dokonania kontroli merytorycznej zaskarżonego wyroku przez Sąd Okręgowy.

Konsekwencją naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest również naruszenie przez Izbę przepisów prawa materialnego, tj. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą i tym samym przyjęcie, że zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, 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, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z treści ww. artykułu wynika, iż ustawodawca dopuścił poprawienie złożonych dokumentów w zakresie treści oferty, pomimo że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością. Można więc postawić tezę, iż podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Ustawodawca dopuszcza bowiem uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy nieprawdziwe informacje mają charakter błędu (tak: M. Stachowiak, Komentarz do art. 24 ustawy Pzp, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski. M. Stachowiak, LEX 2010).

Zaprezentowana powyżej interpretacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w kontekście uregulowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest również zgodna z ugruntowaną linią orzeczniczą przyjętą przez sądy okręgowe rozpatrujące skargi od orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 23 lipca 2010 r. (sygn. akt: X Ga 163/10) Sąd Okręgowy w Łodzi stanął na stanowisku, iż nie stoi na przeszkodzie zastosowanie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji braku wykazania świadomego podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę. W przywołanym już wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12) wyraźnie stwierdzono, iż analiza przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca dopuszcza poprawianie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty, pomimo, że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością, a wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega tylko taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. W ocenie Sądu Okręgowego, ustawodawca dopuszcza uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki – z założenia działania nieumyślnego.

Z tych też względów, nie można zaakceptować poglądu Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż nie można zastąpić informacji prawdziwej informacją nieprawdziwą. Informacji prawdziwej nie można zastąpić informacją nieprawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tylko w sytuacji gdy zamawiający jest w stanie udowodnić, że informacje zostały przez wykonawcę podane 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. Dlatego też nie sposób zaakceptować interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku.

III. Podkreślenia przy tym wymaga, iż przedmiotowa kwestia ma 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, w stosunku do których zamawiający nie posiada pewności, czy takie informacje podali, gdyż kwestia zgodności podanych informacji ze stanem faktycznym nie została w ogóle wyjaśniona. Rozstrzygnięcie przedmiotowej kwestii rzutuje również na wykładnię art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, których *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, z których wynikałoby potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. 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 klasycznej).

Warto również podkreślić, iż w przypadku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2262/12) zamawiający będzie zmuszony ponieść znacznie wyższe koszty realizacji zamówienia, niż w przypadku gdyby dokonany wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Eko – Inwest S.A. uprawomocnił się. Różnica w cenie oferty złożonej przez Eko – Inwest S.A. (1.289.040,00 zł) oraz oferty złożonej przez wykonawcę Grontmij Polska Sp. z o.o. (1.463.700,00 zł) jest znaczna i wynosi 174.660,00 zł. Powyższa okoliczność powoduje, iż skorzystanie przez Prezesa Urzędu z uprawnienia przewidzianego w art. 198b ust. 4 ustawy Pzp i dążenie do zmiany zaskarżanego wyroku, jest wskazane i uzasadnione interesem publicznym.

IV. Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Po myśli natomiast art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz przeciwników skargi.

V. Prezes Urzędu wnosząc skargę w niniejszej sprawie korzysta ze szczególnej kompetencji wynikającej z przepisów prawa. W tym zakresie Prezes Urzędu nie działa ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Prezes Urzędu działa bowiem w ramach przysługujących mu kompetencji władczych (*imperium*). Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek,

o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przegrywającej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym.

Przy czym z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy Pzp) jest uzależnione od wyniku sprawy (uwzględnienia, bądź oddalenia odwołania) uzasadnionym jest jednak rozstrzygnięcie przez Sąd o poniesionych przez strony kosztach postępowania odwoławczego.

VI. Właściwość miejscowa sądu jest usprawiedliwiona na podstawie art. 198b ust. 1 ustawy Pzp.

VII. Jednocześnie skarżący wyjaśnia, iż stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom.

W świetle powyższego niniejsza skarga jest konieczna i w pełni uzasadniona.

P R E Z E S
Urzędu Zamówień Publicznych

Jacek Sadowy

Spis załączników:

1. potwierdzenia przesłania odpisów skargi;
2. kopia wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 października 2008 r. (sygn. akt: X Ga 296/08);
3. kopia wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r. (sygn. akt: X Ga 163/10);
4. kopia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r. (sygn. akt: XXIII Ga 416/11);
5. kopia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12).