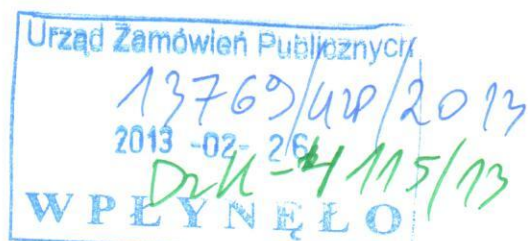


Sygn. akt II Ca 1285/12



WYROK

WIMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 stycznia 2013 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział II Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Violetta Osińska (spr.)

Sędziowie: SSO Sławomir Krajewski

SSR del. Agnieszka Matusiak

Protokolant: Małgorzata Idzikowska-Chrzęszczewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu jawnym w dniu 15 stycznia 2013 roku w Szczecinie sprawy z odwołania **Grontmij Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**

przy udziale zamawiającego **Gminy Miasto Szczecin**

o zamówienie publiczne

na skutek skargi wniesionej przez **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie**

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 29 października 2012 r., sygn. akt KIO 2262/12

przy udziale **Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” Spółki Akcyjnej w Szczecinie** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:****a/ w punkcie 1. oddala odwołanie;****b/ w punkcie 2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Grontmij Polska**

Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu;

2. nie obciąża żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego.



Na oryginalne własnoręcznie podpisany
Za zgodność
Sekretarz Sądowy
Agnieszka Klepacz

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 29 października 2012r., sygn.akt KIO 2262/12, Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie uwzględniła odwołanie wniesione przez Grontmij Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Szczecin i nakazała Gminie Miasto Szczecin unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie z postępowania Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST spółki akcyjnej w Szczecinie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert (punkt 1). Ponadto kosztami postępowania obciążyła Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST spółkę akcyjną w Szczecinie i: zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez Grontmij Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania; zasądziła od Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST w Szczecinie na rzecz Grontmij Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę 18.600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika; zasądziła od Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST spółki akcyjnej w Szczecinie na rzecz Gminy Miasto Szczecin kwotę 262 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie (punkt 2).

Powyższe rozstrzygnięcie Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie oparła na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych:

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła poglądu przystępującego, że żądanie wyłącznie wykluczenia z postępowania z pominięciem żądania wezwania do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów oraz brak wskazania w katalogu naruszonych przepisów ustawy art. 26 ust. 3 Pzp, dyskwalifikuje odwołanie. Izba wskazała, że jest związana wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania (art. 192 ust. 7 Pzp) i zaznaczyła, że w razie ustalenia, że przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, stosownie do art. 192 ust. 3 Pzp, jest zobowiązana nakazać zamawiającemu dokonanie czynności w postępowaniu, które doprowadzą procedurę do zgodności z przepisami ustawy, niezależnie od treści żądania zawartego w odwołaniu. Izba stwierdziła też, iż odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, zaznaczając, iż jest wykonawcą, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności po ofercie przystępującego i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po wysłuchaniu stanowisk stron i przystępującego oraz po przeprowadzeniu postępowania dowodowego i ocenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, iż w punkcie III.2.3 ppkt 5.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 2.2 lit. b) specyfikacji zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał wykazania, że wykonawca wykonał należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum 1 pracę polegającą na świadczeniu usług pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, tj. świadczenia usług związanych z zarządzaniem, koordynacją, kontrolą i nadzorem zadania inwestycyjnego, przedmiotem którego była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego długości minimum 500 mb, zrealizowana wg warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów FIDIC lub równoważnego innego

uznanego standardu warunków kontraktu, międzynarodowego lub europejskiego. (...) Zamawiający uwzględni tylko zadania zakończone. 19 lipca 2012r. zamawiający zmienił ostatecznie zdanie postanowienia przez nadanie mu brzmienia: „Zamawiający uwzględni tylko zadania zakończone tj. zakończone roboty budowlane bez okresu zgłaszania wad i gwarancji”. Przystępujący na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wskazał usługę Inżyniera Kontraktu wg wymogów FIDIC dla przedsięwzięcia pod nazwą „Krakowski Szybki Tramwaj - obszar 1, 2, 3, 4, 5 i 6” realizowaną na zlecenie Agencji Rozwoju Miasta w Krakowie przez Konsorcjum firm International Management Services Sp. z o.o. i Ekocentrum Sp. z o.o. (firma International Management Services Sp. z o.o. użyczyła potencjału w zakresie wiedzy doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp), dalej jako: „Konsorcjum”. Izba zaznaczyła, iż nie jest sporne, że pierwszym Inżynierem Kontraktu dla powyższego projektu była firma EGIS Rail, sprawująca nadzór nad budową od 23 grudnia 2006 do 28 lutego 2009 roku, a Konsorcjum kończyło zadania poprzedniego Inżyniera Kontraktu, w okresie 1 lipca 2009 - 31 grudnia 2009r. Przedmiot sporu stanowi ocena, czy zakres prac nadzorowanych przez Konsorcjum oraz podstawa świadczenia usługi („złoty FIDIC”) są wystarczające dla wykazania przez przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu. Celem uprawnienia zamawiającego do ustalania warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczenie do wykonywania zamówienia wyłącznie wykonawców odpowiednich - to znaczy takich, którzy posiadają potencjał pozwalający racjonalnie oczekiwać, że należycie wykonają umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku, wątpliwości, co do wykazania warunków udziału w postępowaniu nie można poprzestawać na ocenie formalnej, opartej - jak chciałby przystępujący - wyłącznie na wykładni literalnej, lecz sięgać należy do wykładni celowościowej, materializującej potencjał wykonawcy. Na posługiwanie się wykładnią celowościową wskazuje art. 22 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu powinny być proporcjonalne i związane z przedmiotem zamówienia. Izba uznała, że zakres prac wykonanych w czasie wykonywania usługi przez Konsorcjum nie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Długość okresu świadczenia usługi inżyniera kontraktu nie była wymagana przez zamawiającego i nie ma znaczenia dla oceny, czy warunek udziału w postępowaniu został wykazany przez wykonawcę. Nie oznacza to jednak, że każdy z wykonawców, który wykonywał jakiegokolwiek czynności związane z zarządzaniem koordynacją, kontrolą oraz nadzorem zadania inwestycyjnego spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga wykazania nadzoru nad zadaniem, którego przedmiot obejmował roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego o długości min. 500 mb. Ze stanowiska zawartego w piśmie procesowym przystępującego wynika, że Konsorcjum nie sprawowało nadzoru nad budową lub przebudową torowiska tramwajowego. Z treści pisma wynika bowiem, że w trakcie świadczenia usługi wykonano roboty budowlane związane z wykończeniem w obrębie pętli tramwajowej przy ul. Kamiennej, w tym związane z przestawieniem elementów trakcji, wykonaniem muru oporowego, ścieżek rowerowych, poprawy spawów, które były wykonane w niewłaściwych warunkach atmosferycznych oraz usuwaniem pęknięć w ścianach oporowych i nawierzchni ścieżek rowerowych i dróg. Izba zwróciła uwagę, że pojęcie torowiska tramwajowego posiada definicję legalną zawartą w art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 12 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 19, poz. 115). Odniesienie twierdzeń przystępującego do tej definicji jasno wskazuje, że prace wykończeniowe i niezbędne poprawki nie są budową lub przebudową torowiska tramwajowego o wymaganej długości. Izba wyraziła pogląd, że możliwości uznania doświadczenia przystępującego za wystarczające sprzeciwia się również zmiana specyfikacji dokonana przez zamawiającego 19 lipca 2012r. Uznając za odpowiednie wyłącznie roboty zakończone - bez okresu zgłaszania wad i usterek, zamawiający z jednej strony uznał, że fakt braku upływu tego okresu nie wywrze negatywnego wpływu na możliwość powołania usługi

nadzoru nad taką inwestycją, z drugiej jednak wyraźnie wyłączył z okresu referencyjnego nadzór nad dokończeniem robót, które zostały odebrane i podlegają eksploatacji. Potwierdzają to dowody złożone przez odwołującego. Z dokumentów dotyczących Konsorcjum, aktu umowy, specyfikacji oraz załącznika nr 1 do specyfikacji, wynika, że rolą inżyniera kontraktu było dokończenie czynności przewidzianych dla Inżyniera Kontraktu. Wskazano (załącznik nr 1 str. 2 i 3), że protokoły odbioru końcowego oraz przekazania obiektu zostały przekazane użytkownikowi. Spójne z powyższym jest świadectwo przejścia robót dla całości robót kontraktowych. Zakres prac wykonanych przez EGIS Rail wynika z Biuletynu Małopolskiej Izby Inżynierów Budownictwa nr 1/2009 (31) s. 8 dowodu powołanego w odwołaniu. Przystępujący podnosił, że świadectwo przejścia nie dotyczy robót zaległych. Nie wskazał jednak, że roboty takie wykonywał oraz, że odpowiadały one wymaganiom zamawiającego, mimo że mógł i powinien to uczynić. Jako nielogiczne i sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego w ocenie Izby byłoby uznanie za wystarczające do nadzorowania budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego doświadczenia nabytego przez sprawowanie nadzoru nad pracami wykonanymi po oddaniu torowiska do użytkowania. Izba nie podzieliła natomiast poglądu odwołującego, że przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż doświadczenie nabyte przy sprawowaniu funkcji nadzoru nad inwestycją, która realizowana była według warunków kontraktowych dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę. Izba podzieliła argumentację przystępującego, że w praktyce szczegółowe warunki kontraktu dalece modyfikują wzorce ogólne, zatem porównanie samych modeli kontraktów nie może stanowić przekonującego argumentu. Ponadto zdaniem Izby, stanowisko odwołującego nie dało podstaw do przyjęcia, że powoływane różnice czynią doświadczenie, nabyte na podstawie umowy według warunków kontraktowych dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę, niewystarczającym do prawidłowego wykonania umowy wg warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego. W ocenie Izby, logiczny jest pogląd przeciwny - że prawidłowo wykonany nadzór nad projektowaniem i wykonaniem robót budowlanych pozwala na przyjęcie, że dany wykonawca sprosta nadzorowi nad wykonaniem robót budowlanych. W tym zakresie nie została przedstawiona argumentacja na twierdzenie przeciwnie. Zdaniem Izby, potwierdzenie znalazł zarzut dotyczący Pana Przemysława Grabskiego. W pkt III.2.3 ppkt 5.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V pkt 2.3.8 specyfikacji zamawiający wymagał, aby osoba wskazana na stanowisko inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych posiadała wykształcenie wyższe techniczne, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń, nie mniej niż 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji w budownictwie tj. kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych. Przystępujący wskazując Pana Przemysława Grabskiego, oświadczył, że posiada ponad 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu samodzielnych funkcji w budownictwie, jako kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych i dysponuje uprawnieniami budowlanymi od 10 czerwca 2007r. Katalog funkcji referencyjnych został ustalony w treści warunku przez zamawiającego w sposób enumeratywny. Skrót „tj” powszechnie i jednolicie oznacza „to jest”. Treść warunku nie zawiera innych sformułowań dających podstawę do ewentualnego uznania, że zamawiający miał na myśli katalog przykładowy. Kierownik budowy, kierownik robót, lub inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych to samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, do których wykonywania, zgodnie z art. 12 ust. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 1994 Nr 89 poz. 414 ze zm.) niezbędny jest wpis do centralnego rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane oraz wpis na listę członków właściwiej

izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności. Zatem nawet przy dopuszczeniu możliwości wskazywania innych funkcji, niewątpliwie obowiązek uzyskania wpisu winien być zachowany. Odwołujący za pomocą informacji pochodzących z ogólnodostępnego rejestru członków Okręgowych Izb Inżynierów Budownictwa, znajdującego się na stronach internetowych Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa oraz odpowiedzi tej Izby z 26 października wykazał, że Pan Przemysław Grabski jest członkiem Zachodniopomorskiej Izby Inżynierów Budownictwa dopiero od roku 2012 i wcześniej nie był członkiem żadnej innej Izby. Tym samym, w związku z przywołanym art. 12 ust. 7 Prawa budowlanego, mimo posiadania uprawnień budowlanych od roku 2007 Pan Przemysław Grabski nie może posiadać 5-letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu samodzielnych funkcji w budownictwie tj. kierownik budowy, kierownik robót lub inspektor nadzoru robót telekomunikacyjnych. Okoliczności tej nie zaprzeczono i wskazano, iż w tym zakresie podstawę ustaleń stanowiły informacje przekazane przez Pana Grabskiego. Izba podkreśliła, że odwołujący nie wykazał się dysponowaniem osobą na stanowisko inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych, spełniającą wymagania zamawiającego. Odwołujący w związku z osobą Pana Grabskiego podniósł również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zdaniem Izby, obie przesłanki zawarte w przywołanym przepisie ziściły się. Informacje dotyczące doświadczenia Pana Grabskiego okazały się niezgodne z rzeczywistością i miały wpływ na wynik postępowania - umożliwiały przystępującemu wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Izba wskazała, że oczekiwane przez zamawiającego doświadczenie dotyczy kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych - wyłącznie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Pojęcie „funkcje techniczne w budownictwie” nie posiada samodzielnego desygnatu w rzeczywistości, nie może być zatem mowy o dowolności interpretacyjnej. Z życiorysu zawodowego Pana Grabskiego, złożonego wraz z oświadczeniem przez przystępującego, nie wynika też samodzielność wykonywanych funkcji, wskazane zostało stanowisko, zakres czynności i nazwy projektów. Przystępujący wywodził, że wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp winna chronić element zaufania w jakim działa wykonawca w stosunku do osoby, która deklaruje mu swoje kwalifikacje i doświadczenie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba nie podzieliła tego poglądu i wskazała, że celem normy art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest ochrona zamawiającego i interesu publicznego przed wykonawcami, którzy nie dają gwarancji należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawcy tacy narażają interes publiczny na szwank, wynikający z możliwego nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez podmiot, który oświadczył, że posiada wymagany potencjał, w sytuacji, gdy stan rzeczy jest inny. Takie zachowanie godzi w uczciwą konkurencję między przedsiębiorcami. Regulacje ustawy stanowią nie tylko tryb wydatkowania środków publicznych, ale również wywierają istotny wpływ na zachowania rynkowe. Surowość sankcji wykluczenia jest mechanizmem kształtującym uczciwą konkurencję, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie powinna sprzyjać zachowaniom wykonawców sprzecznym z zasadami uczciwej konkurencji. Z poglądem tym współbrzmi powołany przez przystępującego art. 297 § 1 kodeksu karnego, w którym ustawodawca chroni uczciwość w obrocie gospodarczym penalizując nie tylko złożenie dokumentu poświadczającego nieprawdę, ale również uznając za wystarczające dla zastosowania sankcji karnej złożenie dokumentu nierzetelnego. Izba wskazała, że art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wiąże przesłanek wykluczenia z winą wykonawcy. Z kolei art. 45 ust. 2 lit. g 2004/18/WE Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 roku stanowi, że wykluczeniu podlega wykonawca, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, jednak bez dalszych doprecyzowań, które wskazywałyby na postać winy. W tym zakresie

uznała, iż z brzmienia przepisu nie wynika kryterium zamiaru, celowości działania wykonawcy. W konsekwencji Izba przyjęła, że zawinione przez wykonawcę złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania powoduje konieczność wykluczenia go z postępowania niezależnie od postaci winy. Natomiast dla zaistnienia odpowiedzialności karnej z powodu poświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia niezbędne jest popełnienie czynu zabronionego z winy umyślnej i w warunkach zamiaru bezpośredniego. Zdaniem Krajowej izby Odwoławczej, taki stan rzeczy odpowiada naturze postępowania o udzielenie zamówienia oraz naturze postępowania odwoławczego, cechujących się szybkością i formalizmem, w których nie ma miejsca na długotrwałe postępowanie dowodowe zmierzające do ustalenia postaci winy. Izba stwierdziła, że podanie przez przystępującego nieprawdziwych informacji jest skutkiem braku należytej staranności, której należy oczekiwać przy przygotowaniu oferty. Do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się z mocy art. 14 Pzp przepisy kodeksu cywilnego, w tym art. 355 § 1 i 2 k.c. 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. Przystępujący powinien i mógł to uczynić w łatwy sposób, stosowne wiadomości są publicznie dostępne. Izba zaznaczyła, że odwołujący wyraził przekonanie, że złożenie przez niego informacji dotyczących Pana Grabskiego nastąpiło skutkiem omyłki. Izba wskazała, że treść warunku udziału w postępowaniu jest niewątpliwa, zwłaszcza dla profesjonalnego wykonawcy, ponadto przystępujący nie wykazał w postępowaniu odwoławczym, że dysponuje osobami, które mogłyby wskazać w miejsce Pana Grabskiego. Złożył w tym zakresie jedynie oświadczenie. Zdaniem Izby złożenie nieprawdziwych informacji nawet jeśli nastąpiło skutkiem omyłki jest brakiem nieusuwalnym, podobnie jak błąd w obliczeniu ceny oferty, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zdaniem 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 nie jest możliwa. W ocenie Izby zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp potwierdziły się i powołując art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocników odwołującego i zamawiającego - odpowiednio koszty dojazdu na posiedzenie oraz wynagrodzenia z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238).

Skargę od powyższego wyroku wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zaskarżając go w całości. Powołując art. 152 ust.1 i art. 154 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych wskazał na działanie w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych, dążeniem do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego. Zdaniem skarżącego, zaprezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 powołanej ustawy jest także niezgodna z prounijną wykładnią tego przepisu dokonywaną przez przyzmat art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. U.E. seria z 2004r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm., zwana „dyrektywą klasyczną”).

Skarżący orzeczeniu temu zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy 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 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 z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) 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 zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Podnosząc powyższe zarzuty Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o: zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania; rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 in fine ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) i jednocześnie nie obciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W uzasadnieniu skargi Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, iż podstawową funkcją regulacji wymienionej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) 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 wymienionej ustawy 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 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 nie uzyskania od niego jakichkolwiek wyjaśnień, pomimo uprzedniego wezwania do ich złożenia w trybie art. 26 ust. 4 wymienionej ustawy. Ponadto skarżący wskazał, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie można interpretować w oderwaniu od art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. U.E. seria z 2004r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm., zwana „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. Skarżący

zaznaczył, iż w przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza nakazując zamawiającemu wykluczenie Eko-Inwest S.A. dokonała błędnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy 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. Skarżący podkreślił, 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 skarżący zwrócił uwagę, iż 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. Skarżący stwierdził też, iż konsekwencją naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) jest naruszenie przez Izbę przepisów prawa materialnego, tj. art. 26 ust. 3 tej ustawy 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. Skarżący podniósł, iż informacji nieprawdziwej nie można zastąpić informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 ustawy 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.

W odpowiedzi na skargę odwołujący Grontmij Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu wniosła o jej oddalenie oraz o zasądzenie od skarżącego na jej rzecz kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie skutkowałą zmianą zaskarżonego rozstrzygnięcia, zgodnie z postulowanym przez skarżącego zakresem.

W pierwszej kolejności wymaga wskazać, iż w myśl art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.* Z regulacji tej wynika, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia, przyjęcie przez zamawiającego nieprawdziwości złożonych przez wykonawcę informacji może mieć dla niego daleko idące negatywne konsekwencje w postaci wykluczenia z tego postępowania. Stosownie zaś do treści art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych to na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia tego faktu. W celu zaś dokonania w powyższym zakresie przez zamawiającego ustaleń ustawodawca przewidział dla niego stosowne instrumenty prawne, które pozwalają przeprowadzić specjalne postępowanie wyjaśniające. Stosownie bowiem do treści art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych *zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub*

dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Zgodnie z tą regulacją żądanie wyjaśnień może dotyczyć oświadczeń i dokumentów odnoszących się zarówno do potwierdzenia spełnienia warunków podmiotowych, jak też do potwierdzenia spełnienia warunków przedmiotowych zamówienia. Ponadto w myśl art. 87 ust. 1 cytowanej ustawy *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.* Tymczasem w rozpatrywanej sprawie pomimo, iż Krajowa Izba Odwoławcza zaskarżonym wyrokiem nakazała zamawiającemu Gminie Miastu Szczecin wykluczenie z postępowania Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST spółki akcyjnej w Szczecinie, upatrując do tego podstawę w art. 24 ust. 2 pkt 3 cytowanej ustawy (tj. złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania) to jednak, co istotne - w toku postępowania o udzielenie zamówienia w tym zakresie w ogóle nie zostało przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające, które ostatecznie może nawet doprowadzić do konwalidacji w zakresie podanych przez wykonawców informacji nieprawdziwych, o czym będzie mowa poniżej. W ten sposób, w ocenie Sądu Okręgowego w toku postępowania o udzielenie zamówienia została naruszona zasada równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W świetle orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej za utrwalone należy uznać stanowisko, iż krajowe regulacje przewidujące automatyczne wykluczenie z udziału w przetargu i nałożenie sankcji karnych są uznane za sprzeczne z prawem unijnym. Państwa członkowskie mają jedynie pewien zakres swobodnego uznania dotyczący przyjmowania środków mających zagwarantować poszanowanie zasady równego traktowania i przejrzystości, które obowiązują instytucje zamawiające. Jednakże zgodnie z zasadą proporcjonalności, tego rodzaju środki nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia tego celu i nie mogą mieć charakteru automatycznych. Zatem poczynione w toku postępowania odwoławczego ustalenia co do istnienia podstawy z art. 24 ust. 2 pkt 3 cytowanej ustawy do wykluczenia wymienionego wykonawcy okazały się wadliwe. W następstwie powyższego, nie można podzielić stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie istnienia wymienionej podstawy do wykluczenia Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST spółki akcyjnej w Szczecinie z postępowania.

Kolejno wymaga wskazać, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 cytowanej ustawy *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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.* Ponadto stosownie do treści art. 87 ust. 2 wymienionej ustawy *zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.* Z analizy obu wymienionych przepisów wynika, że ustawodawca dopuszcza poprawienie złożonych dokumentów oraz oświadczeń wiedzy i woli (treści oferty), pomimo że mogły one

przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością. W tej sytuacji, Sąd Okręgowy podziela prezentowany zarówno w orzecznictwie jak też w literaturze pogląd, iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 cytowanej ustawy wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlega jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając, albowiem ustawodawca dopuszcza uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty jeżeli przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki – z założenia więc działania nieumyślnego (zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak). W przypadku zamówień publicznych praktyka wskazuje na kształtowanie projektu projektu lub wzoru umowy już na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ograniczone możliwości wykonawców na ich treść. Możliwe jest więc umowne przypisanie wykonawcy odpowiedzialności za pewne zdarzenia na zasadzie ryzyka (nie zaś winy). Wprawdzie przepis art. 45 ust.2 lit. g dyrektywy wskazuje, iż przesłanka wykluczenia jest fakultatywna, co oznacza iż państwa członkowskie nie mają obowiązku ich transpozycji do krajowego porządku prawnego, jednakże w przypadku ich przyjęcia zaproponowanej w dyrektywie konstrukcji, jej zastosowanie powinno odzwierciedlać cel regulacji zaproponowanej przez ustawodawcę unijnego. Prawo wspólnotowe ustanawia w ten sposób granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w krajowym systemie prawnym, a wymaganie spójnej wykładni wyklucza interpretację prawa krajowego w sposób odmienny od wykładni zgodnej z dyrektywą. Tym samym, literalne brzmienie omawianego przepisu nie jest wystarczające do prawidłowego odczytania zawartej w nim normy prawnej. Jednocześnie Sąd Okręgowy podziela również prezentowany zarówno w orzecznictwie jak też w literaturze pogląd, iż powyższa wykładnia wymienionego przepisu, wydanego w celu transpozycji do krajowego porządku prawnego przepisu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE.L.2004.134.114 z późn.zm.), uwzględniać powinna cele regulacji prawodawcy unijnego. W myśl wymienionego przepisu dyrektywy *z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy*. W związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej procesy udzielania zamówień publicznych przez polskich zamawiających zostały również poddane zasadom przyjętym w prawie unijnym. Państwa członkowskie zobowiązały się do stosowania zasady pierwszeństwa prawa unijnego, co oznacza że w razie sprzeczności pomiędzy normami krajowymi a normami unijnymi organy stosujące prawo powinny wybrać przepis prawa unijnego. Uzasadnieniem dla takiego działania jest autonomiczność unijnego porządku prawnego oraz konieczność jego jednolitego stosowania we wszystkich państwach członkowskich. W przypadku, gdy dane przepisy nie mogą być bezpośrednio stosowane przez sądy krajowe (przykładowo niektóre przepisy dyrektyw) są one zobowiązane do takiej wykładni prawa krajowego, która będzie starała się uwzględniać cele prawa unijnego (Aleksandra Sołtysińska Komentarz do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Europejskie prawo zamówień publicznych. Kraków 2006) W realiach niniejszej sprawy, wykładnia przedstawiona przez odwołującego w piśmie z 15 stycznia 2013r. , stanowiącym załącznik do protokołu rozprawy, dotycząca jedynie modelowej instytucji odpowiedzialności cywilnej prawa krajowego , opartej na zasadzie winy, jako podstawa wykluczenia wykonawcy w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pkt ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) jest sprzeczna z zasadą wykładni ścieśniającej

przepisów o charakterze sankcyjnym. W świetle powyższych rozważań, akcentując przy tym doniosłość działania w interesie publicznym Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie, polegającą m.in. na dążności do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów i Trybunału Konstytucyjnego, wykładni prounijnej przepisów prawa krajowego mających zastosowanie w systemie zamówień publicznych, Sąd Okręgowy - uznając zasadność zarzutów skargi - orzekł zgodnie z postulowanym w skardze rozstrzygnięciem. Powyższa argumentacja stanowiła podstawę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania wywołanego skargą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie. Ponadto mając na względzie przepis art. 198f ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych trzeba zauważyć, iż w związku z oddaleniem odwołania uzasadnionym jest obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, stąd zaistniała również podstawa do zmiany punktu 2 zaskarżonego wyroku.

Wobec powyższego, Sąd Okręgowy, na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, orzekł jak w punkcie 1 podpunktach a i b wyroku.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono w punkcie 2 wyroku na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 102 k.p.c. Za takim rozstrzygnięciem w ocenie Sądu Okręgowego przemawia bowiem szczególna okoliczność, iż skarga została wniesiona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych działającego w celu zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach.



Na oryginale własne podpisy
Za zgodność
Sekretarz Sądowy
Agnieszka Kiepacz