



PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*Jacek Sadowy*

UZP/DPIO-OST/ 10779/12

Warszawa, dnia 28.10. 2012 r.

**SĄD OKRĘGOWY W TORUNIU**

**VI Wydział Gospodarczy**

ul. Piekary 51

87 - 100 Toruń

**Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

**Strona przeciwna skargi: 1. Zamawialacy**

Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne  
Sp. z o.o.

ul. M. Skłodowskiej-Curie 73, 87-100 Toruń

**2. Odwołujący**

Grontmij Polska Sp. z o.o.

ul. Ziębicka 35, 60-146 Poznań

**Sygn. akt: KIO 2003/12**

**SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**  
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2012 r.  
(sygn. akt KIO 2003/12)

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 2 października 2012 r. 2012 r. sygn. akt KIO 2003/12.

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 wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić pomimo braku złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a więc w sytuacji gdy zamawiający nie jest w stanie dokonać weryfikacji prawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, podczas gdy z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, iż wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania winno nastąpić jedynie w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia owej nieprawdziwości;
- 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;
- 3) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia prawdziwości złożonych informacji, pomimo, iż z treści art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika ograniczenie do jednokrotnego skorzystania z procedury wyjaśniającej w zakresie oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji gdy uprzednio żądane wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone.

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 wyposaża 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. Wprowadzenie:**

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 6 sierpnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 1571/12), wydanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Wykonanie usług doradcy technicznego i Inżyniera Kontraktu dla projektowania i robót budowlanych zadania pn. Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. L. Rydygiera w Toruniu, Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno-Zakaźnego w Toruniu oraz*

Wojewódzkiego Ośrodka Lecznictwa Psychiatrycznego w Toruniu" Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie złożone przez wykonawcę Grontmij Polska Sp. z o.o. i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. W przedmiotowym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadne m.in. wezwanie konsorcjum wykonawców Portico Project Management Sp. z o.o. i wspólnicy Spółka komandytowa (pełnomocnik) oraz Hill International Sp. z o.o. (zwane dalej: konsorcjum Portico) w toku powtórzenia badania i oceny ofert do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wskazania w punkcie 1 wykazu usług załączonego do oferty, ładowisk - Hiszpania, Barcelona, Szpital del Mar oraz dokonanie przez zamawiającego oceny wyjaśnień w kontekście przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała również, iż w przypadku braku podstaw do wykluczenia na podstawie tego przepisu, konsorcjum Portico powinno zostać wezwane do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

W związku z ww. wyrokiem, pismem z dnia 31 sierpnia 2012 r. zamawiający wezwał konsorcjum Portico do złożenia wyjaśnień czy wskazana w pkt. 1 wykazu usługa obejmowała swym zakresem świadczenie pomocy merytorycznej i eksperckiej lub audytu technicznego dokumentacji lub nadzoru nad opracowywaniem i realizacją projektu dotyczącego budowy wielospecjalistycznego obiektu służby zdrowia z kompleksowym blokiem operacyjnym (min. 5 sal) i ładowiskiem – w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający opisowi zamieszczonemu w pkt. 8.4 lit a SIWZ. Zamawiający wskazał, że załączony do oferty list referencyjny nie potwierdza, że obiekt posiada ww. wymagane przez zamawiającego funkcje. Jednocześnie, w razie braku posiadania stosownych referencji, zamawiający wezwał do przedstawienia nowych referencji potwierdzających wykonanie usługi spełniającej wymogi SIWZ. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, konsorcjum Portico przy piśmie z dnia 5 września 2012 r. przesłało wykaz usług wraz z referencjami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 8.4 lit a SIWZ.

W dniu 10 września 2012 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Portico.

W dniu 20 września 2012 r. wykonawca Grontmij Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego – Kujawsko – Pomorskich Inwestycji Medycznych Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Portico. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, pomimo iż konsorcjum Portico nie złożyło wyjaśnień w przedmiocie usługi wskazanej w pkt. 1 wykazu wykonanych usług w zakresie ładowisk – Hiszpania, Barcelona, Szpital del Mar, pomimo, iż w świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 1571/12) zamawiający został zobowiązany do wezwania konsorcjum Portico do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie. Odwołujący podnosił, iż w związku z niezłożeniem wyjaśnień potwierdzających w sposób jednoznaczny, że nieprawdziwe informacje

nie zostały złożone, zamawiający nie był uprawniony do uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę konsorcjum Portico i wyboru jako najkorzystniejszej złożonej przez niego oferty. Odwołujący wskazał również, iż nieuprawnione było złożenie przez konsorcjum Portico nowego wykazu zawierającego nową usługę potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazywał także, iż z literalnego brzmienia wyroku Krajowej Izby odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 1571/12) wynikał nakaz uprzedniego ustalenia przez zamawiającego ziszczenia się przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a dopiero w efekcie uznania, iż przesłanka wykluczenia konsorcjum Portico na podstawie złożonych wyjaśnień nie zaistniała, wezwania do uzupełniania oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego zamawiający nie był uprawniony do uznania uzupełnień w zakresie wykazu wykonanych usług w sytuacji gdy zastosowanie procedury uzupełniania oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu aktualizuje się dopiero w przypadku uznania przez zamawiającego, iż nie zaistniały przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji tej czynności nakazanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Portico oraz odrzucenie złożonej przez niego oferty, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu oraz nakazanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Wyrokiem z dnia 2 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2003/12) Krajowa Izba Odwoławcza uznając za uzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, uwzględniła ww. odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10 września 2012 r. oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazała wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp konsorcjum Portico oraz w konsekwencji odrzucenie złożonej przez ww. konsorcjum oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

### III. Uzasadnienie zarzutów skargi:

1. W przedmiotowej sprawie, Krajowej Izby Odwoławczej (zamiennie „Izba”) uznała, iż zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia konsorcjum Portico z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie złożenia wyjaśnień

przez ww. wykonawcę w zakresie pkt 1 wykazu wykonanych usług, tj. lądowisk – Hiszpania, Barcelona, Szpital del Mar.

W pierwszej kolejności wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza 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 pomimo braku złożenia wyjaśnień w celu ustalenia prawdziwości złożonych przez wykonawcę informacji. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zachodzi nawet w sytuacji gdy zamawiający nie jest w stanie dokonać weryfikacji prawdziwości złożonych przez wykonawcę informacji.

Powyższe stanowisko Izby, w świetle którego wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić automatycznie także w przypadku nie złożenia wyjaśnień, co uniemożliwia zamawiającemu sprawdzenie prawdziwości złożonych informacji, dalece abstrahuje od unormowania zawartego w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do postanowienia 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 informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Przywołany przepis ustanowia 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 świadcząc 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 nie uzyskania 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. prowspółnotową 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 *Lammerzahf*). 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 prowspółnotowej wykładni prawa, regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit g) dyrektywy klasycznej, kładąca naciska na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych informacji, winna stanowić wskazówkę interpretacyjną wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza nakazując zamawiającemu wykluczenie konsorcjum Portico dokonała błędnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uznając, iż w sytuacji zaniechania wyjaśnienia przez wykonawcę czy informacje podane w pkt. 1 wykazu wykonanych usług potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu są informacjami nieprawdziwymi, automatycznie aktywizuje się obowiązek zamawiającego

wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zaprezentowana wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest także niezgodna z prowsólnotow wykladn przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonywaną przez pryzmat art. 45 ust. 2 lit g) dyrektywy klasycznej.

W tym miejscu nale¿y zauwa¿yć, i¿ przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest przepisem o charakterze sankcyjnym, który nie mo¿e być interpretowany rozszerzająco. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu ze względu na zło¿enie przez niego nieprawdziwych informacji nie mo¿e mieć miejsca w wypadku, gdy nie stwierdzono jednoznacznie owej nieprawdziwości. Przypisanie wykonawcy nieprawdziwych informacji jest czynnośc 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, i¿ zło¿ył nieprawdziwe informacje, do zło¿enia wyjaśnień w zakresie przedstawionych przez niego informacji, które budzą wątpliwość co do ich zgodności z rzeczywistośc. Dopiero uzyskanie przez zamawiającego pewności co do faktu zło¿enia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę w wyniku dokonania weryfikacji zło¿onych wyjaśnień umo¿liwi 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 nie zło¿enia przez niego wyjaśnień w zakresie prawdziwości informacji wskazanych w dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takich okolicznościch zamawiający nie ma bowiem mo¿liwośczi zweryfikowania czy dokumenty zło¿one przez wykonawcę na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu zawierające informacje wątpliwe zostały zło¿one przez wykonawcę świadomie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd i wyludzenia zamówienia publicznego. W takim przypadku bowiem zamawiający nie jest w stanie udowodnić czy w istocie informacje zło¿one przez wykonawcę są nieprawdziwe. Tymczasem, to zamawiający, dokonując czynnośczi wykluczenia wykonawcy z postępowania, zobligowany jest do wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynnośczi (art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) i to na nim ci¿y obowiązek udowodnienia, że dane informacje są nieprawdziwe (art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Fakt zło¿enia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę zamawiający winien wykazać za pomocą dowodu wskazującego na zaistnienie w sposób pewny zarzucanych wykonawcy zachowań, w konkretnie stwierdzonych okolicznościch. Zaistnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinno zostać udowodnione w sposób niebudzący wtpliwośczi, 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 wyposażyła 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 pozwoliłoby 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 złożył wyjaśnień w zakresie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, 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 okoliczność, że usługa, dostawa, czy robota budowlana wskazana w wykazie nie potwierdza spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia nie przesądza ze swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 637/11).

Podkreślenia wymaga również, 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. 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 złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów w stosunku do których zaistniało podejrzenie co do ich prawdziwości, stanowi nieuzasadniony względami natury merytorycznej wyjątek i godzi w ugruntowaną linię orzecniczą przyjętą na gruncie pronijniej interpretacji ww. przepisu ustawy. Taki stan rzeczy wymaga dokonania kontroli merytorycznej zaskarżonego wyroku przez Sąd Okręgowy.

2. 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).

Należy zwrócić uwagę, iż w niniejszym stanie faktycznym z pisma zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2012 r. nie wynikało wprost, że zamawiający wzywał konsorcjum Portico do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu weryfikacji prawdziwości z podanych przez niego informacji w pkt. 1 wykazu wykonanych usług w celu ustalenia wystąpienia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo, iż nakaz taki wynikał

z uprzednio wydanego w toku niniejszego postępowania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Z literalnej treści wezwania wynikało, iż zamawiający wezwał konsorcjum Portico do złożenia wyjaśnień w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 8.4 lit a SIWZ, a celem takiego wezwania było ustalenie ziszczenia się przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, tym bardziej, że w przypadku braku posiadania stosownych referencji zamawiający zażądał przedstawienia referencji potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Treść pisma z dnia 31 sierpnia 2012 r. pozwalała zatem na stwierdzenie, iż działania zamawiającego zmierzały do ustalenia czy konsorcjum Portico w istocie spełniało warunki udziału w postępowaniu, a wezwanie zamawiającego nie było nakierowane na ustalenie czy wykonawca podał nieprawdziwe informacje w wykazie wykonanych usług.

Podkreślenia wymaga, iż nie można obarczać negatywnymi skutkami wykonawcy, który zastosował się do niejednoznacznego w swej treści wezwania zamawiającego i doręczył nowy wykaz i nowe referencje, a które to wezwanie zamawiającego w swej treści było sprzeczne, ponieważ z jednej strony zamawiający żądał wyjaśnienia treści oferty, a z drugiej strony w tym samym celu żądał przedłożenia nowych dokumentów. Pismo, w którym zamawiający z jednej strony wzywa do złożenia wyjaśnień oferty, a z drugiej strony żąda złożenia nowych dokumentów i wszystko to w celu wyjaśnienia treści oferty w zakresie spełnienia wymogu wiedzy i doświadczenia, jest wewnętrznie sprzeczne i tak sformułowane wezwanie nie jest możliwe do wykonania (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 1032/11). Żądanie złożenia wyjaśnień wyklucza bowiem żądanie złożenia dokumentów (referencji) na potwierdzenie tej samej okoliczności, w przedmiotowym przypadku spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

W takim stanie rzeczy trudno czynić zarzut wykonawcy, iż w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie z dnia 31 sierpnia 2012 r. jedynie uzupełnił ofertę o nowy wykaz i referencje potwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z całą stanowczością podkreślić należy, iż wykonawca, który dostosowuje się do wezwania zamawiającego nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania w dobrej wierze zgodnie z zaleceniami zamawiającego. Wykonawca nie może ponosić również negatywnych konsekwencji braku sprecyzowania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień, zwłaszcza gdy taką konsekwencją ma być pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. To na zamawiającym, jako „gospodarzu” postępowania spoczywa bowiem obowiązek precyzyjnego, jasnego sformułowania wezwania do złożenia wyjaśnień, tak aby uzyskać oczekiwany efekt.

W związku z powyższym, wobec niejednoznacznego sformułowania wezwania z dnia 31 sierpnia 2012 r. do złożenia wyjaśnień i w konsekwencji wobec braku wywołania skutków prawnych tegoż wezwania, należy przyjąć, iż w niniejszym stanie faktycznym konsorcjum Portico

było uprawnione do uzupełnienia oferty o nowy wykaz i nowe referencje na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga również, iż w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dowodem na podanie nieprawdziwych informacji w ofercie wykonawcy nie może być fakt załączenia przez wykonawcę, w wyniku czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nowego wykazu wykonanych dostaw, usług lub robot budowlanych, wcześniej nie ujętych w ofercie (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 399/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1747/09).

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 orzecniczą 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, wyrażonego na tle uzupełnienia oferty przez konsorcjum Portico o nowy wykaz i nowe referencje na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2012 r., 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. Z całą pewnością dowodu na złożenie nieprawdziwych informacji nie może stanowić fakt uzupełnienia oferty o nowy wykaz usług i nowe referencje na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dokonane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do dokonania takiej czynności.

Z tego względu nie sposób zaakceptować interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżanym wyroku.

3. Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżanym wyroku dopuściła się także naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia prawdziwości złożonych informacji nawet w sytuacji gdy uprzednio żądane wyjaśnienia w ogóle nie zostały przez wykonawcę złożone.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, fakt zaniechanie udzielenia przez konsorcjum Portico wyjaśnień w zakresie pkt. 1 wykazu wykonanych usług, w szczególności wobec niejednoznacznej treści pisma z dnia 31 sierpnia 2012 r. nie może jeszcze przesądzać o podaniu przez ww. konsorcjum nieprawdziwych informacji i w konsekwencji o sformułowanym przez Izbę zakazie ponowienia czynności wezwania konsorcjum Portico w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Powtórzenie tej czynności nie spowodowałoby również naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżanego wyroku. Wręcz przeciwnie, naruszeniem fundamentalnej zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp byłoby zrównanie sytuacji wykonawców, którzy w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp takie wyjaśnienia złożyli i z treści tych wyjaśnień wynikałoby, iż istotnie złożyli oni informacje nieprawdziwe mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, z wykonawcami, którzy takiej czynności zaniechali i zamawiający nie był w stanie ocenić czy w stosunku do nich ziszcza się przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tymczasem, zaaprobowanie poglądu Izby w zakresie interpretacji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, doprowadziłoby właśnie do wystąpienia tożsamyh konsekwencji w postaci usunięcia wykonawcy z postępowania wykonawcy, który podał w postępowaniu nieprawdziwe informacje, co zostało potwierdzone złożonymi przez niego wyjaśnieniami oraz wykonawcy, który w ogóle takich wyjaśnień nie złożył.

W kontekście regulacji zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podkreślenia wymaga, iż brak złożenia wyjaśnień w zakresie informacji, co do których zachodzi podejrzenie niezgodności ze stanem faktycznym nie może jeszcze przesądzać o wystąpieniu tej przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Jak już bowiem wspomniano w pkt. III.1 niniejszej skargi, wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga udowodnienia przez zamawiającego ze szczególną starannością wystąpienia przesłanek określonych w tymże przepisie, a zaniechanie złożenia przez wykonawcę wyjaśnień w tym zakresie, uniemożliwia zamawiającemu przeprowadzenie weryfikacji w kwestii oceny prawdziwości podanych informacji. Z tych względów, uznanie przez Izbę, iż w sytuacji gdy

wykonawca nie złożył wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp winien podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu, nie zasługuje na aprobatę.

IV. Podkreślenia przy tym wymaga, iż przedmiotowa kwestia ma bardzo istotne znaczenie dla praktyki funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Wymaga bowiem wyraźnego rozgraniczenia przewidziana w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp sankcja w postaci eliminacji z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców świadomie wprowadzających w błąd zamawiającego poprzez przekazywanie nieprawdziwych informacji, których złożenie może mieć wpływ lub ma wpływ na wynik prowadzonego postępowania od sytuacji wykonawców, 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 spełnienia 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, w przypadku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2003/12) zamawiający będzie zmuszony ponieść znacznie wyższe koszty realizacji zamówienia, niż w przypadku gdyby dokonany wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Portico uprawomocnił się. Różnica w cenie oferty złożonej przez konsorcjum Portico (2.952.000,00 zł) oraz oferty złożonej przez wykonawcę Grontmij Polska Sp. z o.o. (3.936.000,00 zł) jest znaczna i wynosi 984.000,00 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.

V. 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.

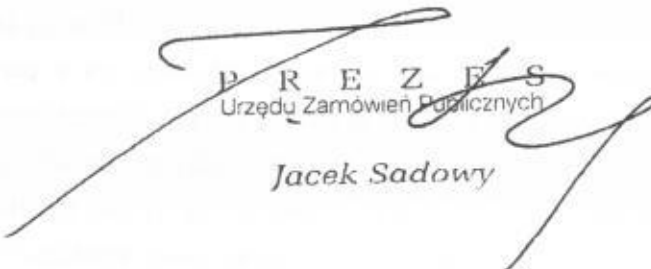
VI. Prezes Urzędu wnosząc skargę w niniejszej sprawie korzysta ze szczególnej kompetencji wynikającej z przepisów prawa. W tym zakresie Prezes Urzędu nie działa ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Prezes Urzędu działa bowiem w ramach przysługujących mu kompetencji władczych (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.

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

VIII. 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 skargi Prezesa UZP z dnia 18 kwietnia 2012 r.;
6. kopia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12).