



PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Jacek Sadowy

UZP/DPIO-OST/ 4556/12

Warszawa, dnia 18.04.2012 r.

SĄD OKRĘGOWY WARSZAWA – PRAGA
X Wydział Gospodarczy
ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa

Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Strona przeciwna skargi: **1. Zamawiający**

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa
reprezentowana przez radcę prawnego Pawła
Cieślika (adres iw.), Zenobię Wonczinę,
Andrzeja Cygańskiego, Mirosława Pola,
Tomasza Mańturza

2. Odwołujący

Konsorcjum wykonawców:
a) Zakłady Automatyki „Kombud” S.A. –
Lider (Pełnomocnik)
ul. Wrocławska 7, 26-600 Radom
b) KZA Przedsiębiorstwo Automatyki
i Telekomunikacji S.A.
ul. Pochyła 9, 20-418 Lublin
reprezentowane przez radcę prawnego Piotra
Radzikowskiego (adres: Kancelaria Prawnicza
"R.R" Piotr Radzikowski ul. Nowodworska 29B
lok. 411, 03 – 133 Warszawa), Michała
Ilczewskiego, Krzysztofa Matuszewskiego,
Marcina Sadeckiego

3. Uczestnik postępowania

1) konsorcjum wykonawców:

a) Thales Polska Sp. z o.o. Lider (Pełnomocnik)
ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań,

b) Thales Transportation Systems GmbH
Lorenzstrasse 10, 70435 Stuttgart, Niemcy,

c) Tracke A.S. Hlávkova nr 428/3, 702 00,
Ostrava – Moravská Ostrava a Přívoz, Czechy

reprezentowane przez radców prawnych:
Ryszarda Budkiewicza, Agnieszkę Suhecką oraz
Martynę Migas (adres: Kancelaria Radców
Prawnych Brudkiewicz, Musiał, Suhecka
i Partnerzy, ul. Garbary 31/4, 61 – 868 Poznań),
Dariusza Szmela, Pawła Przyżyckiego, Wojciecha
Grzelaka, Macieja Dubińskiego

2) "Qumak-Sekom" S.A.

al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa

reprezentowana przez Patrycję Gorgoń (adres:
iw.)

Sygn. akt: KIO 478/12

SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 478/12)

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 28 marca 2012 r. sygn. akt KIO 478/12.

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 bez względu na przyczyny, z powodu których miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji oraz, że złożenie nieprawdziwych informacji zawsze ma wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż bez względu na przyczynę podania przez wykonawców nieprawdziwych informacji, 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:

I. Przechodząc do uzasadnienia zarzutów niniejszej skargi należy w pierwszej kolejności wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza (zamiennie „Izba”) naruszyła art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić bez względu na przyczyny, z powodu których miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji oraz, że złożenie nieprawdziwych informacji zawsze ma wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, Izba wskazała, iż zarówno w ofercie konsorcjum wykonawców Thales Polska Sp. z o.o., Thales Transportation Systems GmbH, Tracke A.S.konsorcjum Thales (zwane dalej „konsorcjum Thales”) jak i ofercie wykonawcy Qumak – Sekom S.A. zostały złożone nieprawdziwe informacje w poz. 1 wykazu wykonanych w okresie ostatnich 5 lat zamówień, co zostało potwierdzone przez ww. wykonawców w złożonych wyjaśnieniach z dnia 12 lutego 2012 r. (konsorcjum Thales) oraz z dnia 13 lutego 2012 r. (wykonawca Qumak – Sekom S.A.). Krajowa Izba Odwoławcza wskazała również, iż nieuprawnione było wzywianie przez zamawiającego ww. wykonawców do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skoro wykonawcy w ofertach podali nieprawdziwe informacje. Izba wskazała również, iż w ofertach złożonych przez ww. wykonawców nie znajdowały się dokumenty potwierdzające spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku wykazania się zabudową urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, dlatego też konsorcjum wykonawców Thales oraz wykonawca Qumak –

Sekom S.A. winni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a oferty złożone przez ww. wykonawców winny zostać uznane za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko Izby, w świetle którego wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić bez względu na przyczyny z powodu których miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji, abstrahuje jednak od unormowania zawartego w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a także od okoliczności faktycznych niniejszej sprawy.

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 ustanowi 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 w błąd zamawiającego.

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 w błąd. Uznanie za winnego ma charakter obiektywnego stwierdzenia takiej okoliczności, ustawodawca nie wymaga tutaj żadnego orzeczenia właściwego organu (tak: 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. 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 prowspólnotowej 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 wykonawców Thales oraz wykonawcę Qumak – Sekom S.A. dokonała błędnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uznając, iż w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji automatycznie aktywizuje się obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomijając przy tym okoliczności w świetle których nie sposób uznać, iż złożenie przez ww. wykonawców nieprawdziwych informacji było wynikiem świadomego wprowadzenia zamawiającego w błąd przez ww. wykonawców.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż konsorcjum Thales oraz wykonawca Qumak – Sekom S.A. w pozycji nr 1 Załącznika nr 6 do IDW, zawierającego wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych, wskazali zamówienie pn. „Zaprojektowanie i wykonanie Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu”, zrealizowane na rzecz zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Dla zamawiającego wiadomym było zatem, iż wskazani wykonawcy nie mogli zrealizować powyższej inwestycji w zakres której wchodziło deklarowane przez nich zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych. Tym samym podanie przez

ww. wykonawców nieprawdziwych informacji nie mogło doprowadzić do wprowadzenia w błąd zamawiającego i nie mogło mieć wpływu na prawidłowość ustaleń poczynionych w trakcie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skoro zamawiający już na etapie weryfikacji spełniania przez wykonawców warunków podmiotowych udziału w postępowaniu posiadał wiedzę o niezgodności zakresu roboty budowlanej wykazanej w pkt 1 wykazu zrealizowanych robót z jej rzeczywistym zakresem. W zaistniałej sytuacji trudno mówić o celowym wprowadzeniu zamawiającego w błąd przez konsorcjum Thales i wykonawcę Qumak – Sekom S.A. skoro zamawiający był świadomy, iż inwestycja wskazana w poz. 1 wykazu wykonanych robót nie obejmowała swym zakresem zabudowania urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych. W przedmiotowej sprawie wskazanie nieprawdziwych informacji przez konsorcjum Thales oraz wykonawcę Qumak – Sekom S.A. mogło być co najwyżej wynikiem niedbalstwa wskazanych wykonawców, co jednak nie jest tożsame ze świadomym podaniem nieprawdziwych informacji (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt: X Ga 163/10).

Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem Izby, iż *„treść dyrektywy pozwoliła państwu członkowskiemu na implementację przepisów i ich uregulowanie w prawie krajowym przez określenie warunków wykonania dyrektywy”* oraz że *„zastosowaniu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp nie można przeciwstawiać przepisu dyrektywy”* (str. 41 wyroku). W tych okolicznościach wyrażone w przedmiotowej sprawie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące przesłanki wykluczenia wykonawcy jest sprzeczne z prawem Unii Europejskiej oraz nie ma oparcia w przepisach ustawy Pzp, która w stosunku do dokumentów dotyczących wiedzy i doświadczenia nakłada obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku błędu.

II. Nie można zaakceptować również poglądu Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w zaskarżonym wyroku, że *„złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowej zawsze ma wpływ, może mieć wpływ na wynik postępowania”* (str. 42 wyroku).

Przede wszystkim pogląd ten abstrahuje od literalnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z treści którego wynika, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dla potrzeb ustalenia przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie można wykazywać abstrakcyjnego wpływu podania nieprawdziwych informacji na wynik prowadzonego postępowania, gdyż wpływ ten musi być każdorazowo odnoszony do uwarunkowań konkretnego, prowadzonego przez zamawiającego postępowania, nie zaś jakiegokolwiek postępowania. Przede wszystkim ustalenie wpływu na wynik prowadzonego postępowania wymaga porównania sytuacji, w której wykonawca podał nieprawdziwe informacje oraz hipotetycznej sytuacji, która zaistniałaby na gruncie okoliczności konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji gdy podane informacje byłyby informacjami prawdziwymi. Gdyby uzyskane w wyniku takiego porównania hipotetyczne wyniki postępowania różniłyby się od siebie,

uzasadnione byłoby twierdzenie, iż podanie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wpływ podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu na wynik prowadzonego postępowania zachodziłby jedynie wówczas gdyby przy prawidłowym ich podaniu wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W sytuacji gdy wykonawca niezależnie od podania nieprawdziwych informacji, spełnia warunki udziału w postępowaniu nie można twierdzić, iż podanie nieprawdziwych informacji mogło mieć czy też miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy w następstwie uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o dokumenty podmiotowe dotyczące warunku udziału w postępowaniu konsorcjum Thales oraz wykonawca Qumak – Sekom S.A. potwierdzili spełnienie wymaganego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu polegającego na zabudowaniu urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych. Z powyższych względów nie może ulegać wątpliwości, że niecelowe podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością nie mogło mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Podanie nieprawdziwych informacji przez ww. wykonawców w poz. 1 wykazu wykonanych w okresie ostatnich 5 lat zamówień nie mogło mieć wpływu na wynik tego postępowania również z uwagi na fakt, iż zamówienie pn. „Zaprojektowanie i wykonanie Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu” zostało zrealizowane na rzecz zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zamawiający miał zatem świadomość, iż w ramach przedmiotowej inwestycji wykonawcy ci nie zrealizowali zabudowy urządzeń ssp. W takich okolicznościach nie może być mowy o świadomym wprowadzeniu zamawiającego w błąd przez ww. wykonawców, skoro niezgodność podanych przez wykonawców informacji była znana zamawiającemu z racji tego, iż był on odbiorcą realizowanych zamówień i wystawcą referencji potwierdzających należyte wykonanie tego zamówienia. W takich okolicznościach podanie nieprawdziwych informacji przez konsorcjum Thales oraz wykonawcę Qumak – Sekom S.A. nie mogło mieć wpływu na prawidłowość ustaleń poczynionych przez zamawiającego w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na powyższe zaprezentowany w zaskarżonym wyroku pogląd Izby oparty na ogólnej dyrektywie, w myśl którego informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawsze muszą mieć wpływ na wynik postępowania nie zasługuje na aprobatę. Pogląd ten pozbawia lub ogranicza w istotny sposób normatywne znaczenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nakładającego obowiązek żądania dokumentów w przypadku wystąpienia w nich błędów.

III. Konsekwencją naruszenia przez Izbę art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie wskazanego przepisu winno nastąpić bez względu na przyczynę podania nieprawdziwych informacji, jest również naruszenie przez Izbę przepisów prawa materialnego, tj. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż bez względu na przyczynę

podania przez wykonawców nieprawdziwych informacji, zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawców do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż ustawa Pzp nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, zupełnie abstrahując od ustawowego rozróżnienia konsekwencji złożenia nieprawdziwych informacji w celu świadomego, poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego od przewidzianych ustawą Pzp czynności, jakie zobowiązany jest podjąć zamawiający w wyniku złożenia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentu obarczonego błędem.

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.

Należy podkreślić, iż dokonując wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie można pomijać regulacji zawartej w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu wystąpić z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, m.in. jeżeli zawierają one błędy. 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 zmiierzając. 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).

W tym miejscu warto również zauważyć, w ślad za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowanej w wyroku z dnia 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 637/11), iż okoliczność, że robota budowlana wskazana w wykazie nie spełnia 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.

Z tych też względów, nie można zaakceptować poglądu Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż nie mają znaczenia przyczyny z powodu których doszło do podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Przyjęcie

zaprezentowanego w wyroku z dnia 28 marca 2012 r. poglądu Izby doprowadziłoby do zrównania pozycji wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje wskutek błędu, czy też wykonawcy, który popełnił omyłkę w złożonej ofercie, z wykonawcą, który świadomie zawarł w ofercie informacje nieprawdziwe z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd. Zaakceptowanie wskazanego zapatrywania Izby byłoby również sprzeczne z *ratio legis* przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i przewidzianą tam możliwością sanowania błędów w dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy też omyłek popełnionych w ofertach. Podążając za wyrażonym stanowiskiem Izby, należałoby bowiem dojść do wniosku, iż każda informacja podana niezgodnie z rzeczywistością, bez względu na przyczynę takiego stanu rzeczy, prowadziłyby do konieczności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazane rozumienie omawianych przepisów pozostawałoby w rażącej sprzeczności z zasadą racjonalności ustawodawcy. Z zasady tej wynika, że żaden przepis ustawy, a nawet żaden z fragmentów przepisu, nie może być uznany za zbędny, co uniemożliwia zignorowanie zapisów zawartych w szczególności w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

W sytuacji nieumyślnego i niecelowego przekazania w postępowaniu nieprawdziwych informacji w dokumentach mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w istocie mamy do czynienia z sytuacją złożenia dokumentów zawierających błędy, co z kolei objęte jest dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy, która uprawnia zamawiającego do skorzystania z trybu uzupełnienia oferty o oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu

Z uwagi na powyższe, nie można zaakceptować poglądu Izby, iż bez względu na przyczynę podania nieprawdziwych informacji, zamawiający nie jest uprawniony do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

IV. Niezależnie od powyższych zarzutów, należy wskazać, iż w kwestii interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w kontekście nieumyślnego złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwych informacji w praktyce orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej zarysowała się istotna rozbieżność.

Pogląd zgodny z wyrażonym w zaskarżonym wyroku został przyjęty przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. (sygn. akt: KIO UZP/666/09, KIO UZP/667/09, KIO UZP/668/09, KIO UZP/669/09, KIO UZP/679/09), w wyroku z dnia 22 grudnia 2009 r. (sygn. akt: KIO UZP/1778/09), a także w wyroku z dnia 9 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO UZP/213/12). W tym zakresie zaskarżony wyrok jest zgodny z linią orzeczniczą wyznaczoną przez ww. orzeczenia.

Pogląd przeciwny do prezentowanego w zaskarżonym wyroku został natomiast wyrażony w następujących wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, wpisujących się w prowsólnotow wykadn przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, o której mowa w pkt I niniejszej skargi:

- a) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. (sygn. akt: KIO UZP/766/09), w którym Izba wskazała: *„Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p., dokonując oceny dokumentów i oświadczeń w złożonej ofercie, w pierwszej kolejności powinien wykluczyć, iż przedłożone dokumenty i oświadczenia nie są skutkiem bednej interpretacji np. SIWZ zarówno przez wykonawc, jak i zamawiającego, czy też omyłki a także jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie - w przekonaniu składu orzekającego Izby - pozwoliłoby postawi też, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało, w konsekwencji, na celu niezgodne z ustaw uzyskanie zamówienia przez Wykonawc, a zatem miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.”;*
- b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. (sygn. akt: KIO UZP/766/09), w którym Izba wskazała: *„Zdaniem Izby, wskazany przepis artykułu 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp [obecnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp], znajdowałby zastosowanie jedynie w sytuacji umyślnego wprowadzenia w bad zamawiającego, mającego wpływ na prawidowo ustaleń poczynionych w trakcie postępowania przetargowego. A zatem, nie stanowiłoby podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania nieświadome wprowadzenie w bad.”;*
- c) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO UZP/2770/10), w którym Izba wskazała *„Dodatkowo dostrzec należy, że wskazując na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy bezspornie aczenie wykaza, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie stanowi wyraz świadomego działania mającego na celu podanie nieprawdziwych informacji.”;*
- d) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO UZP/371/10), w którym Izba wskazała *„Według Izby informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i została podana w sposób zamierzony w celu wywołania błedu, co do stanu faktycznego, u odbiorcy informacji. Istot informacji nieprawdziwej jest celowe działanie podającego informacj, musi on sobie zdawa spraw z odmiennego stanu faktycznego ni podawany przez niego i dziaa w zamiarze wprowadzenia w bad innej osoby.”*
- e) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO UZP/2252/11), w którym Izba wskazała: *„Należy wskaza, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, a nie w okolicznościach niekwalifikowanych wewnrznym zamiar podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w bad i wyzyskania tego błedu dla uzyskania zamówienia publicznego”.*

f) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2011 r. (sygn. akt: KIO UZP/2698/11), w którym Izba wskazała: „*Nieprawdziwą informacją jest taka informacja, która wynika z celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy.*”.

W tym stanie rzeczy należy wskazać, iż w odniesieniu do przedmiotowego zagadnienia mamy do czynienia z istotną rozbieżnością w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Taki stan rzeczy wymaga dokonania kontroli merytorycznej zaskarżonego wyroku przez Sąd Okręgowy.

Należy również podkreślić, iż w orzecznictwie sądów okręgowych zarysował się pogląd przeciwny od prezentowanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku. 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. 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. 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. Powyższe wyroki sądów okręgowych zostały załączone do niniejszej skargi.

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

VI. 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.

VII. 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.

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

IX. 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).