



W Y R O K

w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Dnia 6 grudnia 2012 r.

Sąd Okręgowy w Toruniu Wydział VI Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący SSO Jerzy P. Naworski

Sędziowie: SO Mirosława Białocerkiewicz (spr.), SO Jakub Rusiński

Protokolant: st. sekr. sąd. Dorota Kwiatkowska

po rozpoznaniu w dniu 22 listopada 2012 r. w Toruniu

na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie

przeciwko GRONTMIJ POLSKA sp. z o.o. w Poznaniu

przy uczestnictwie Kujawsko-Pomorskich Inwestycji Medycznych sp. z o.o.
w Toruniu

na skutek skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 października
2012 r., sygn. akt KIO 2003/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddala odwołanie GRONTMIJ
POLSKA sp. z o.o. w Poznaniu i obciąża kosztami postępowania odwoławczego
odwołującego,

II. obciąża Skarb Państwa kosztami sądowymi, od uiszczenia których skarżący był
zwolniony



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

Z up. Kierownika Sekretariatu

Starszy Sekretarz Sądowy

Dorota Kwiatkowska

Uzasadnienie

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych uwzględniła odwołanie Grontmij Polska sp. z o.o. w Poznaniu od czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum firm 1) Portico Project Management sp. z o.o. i Wspólnicy spółka komandytowa oraz 2) Hill International sp. z o.o. /dalej: „Konsorcjum Portico,, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. L. Rydygiera w Toruniu, Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno-Zakaźnego w Toruniu oraz Wojewódzkiego Ośrodka Lecznictwa Psychiatrycznego w Toruniu,, wszczętego przez zamawiającego- Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. w Toruniu, w wyniku czego nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w której ramach nakazała wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych /Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 z późn. zm./ „Konsorcjum Portico,, oraz w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 p.z.p. k. 41 akt/. W uzasadnieniu swojego stanowiska Izba odwołała się do wydanego 6 sierpnia 2012 r. wyroku KIO nakazującego zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ustaliła, że:

Wykonując ten nakaz zamawiający wezwał pismem z 31 sierpnia 2012 r. „Konsorcjum Portico,, do złożenia wyjaśnień w sprawie pkt. 1 wykazu usług polegających na świadczeniu pomocy merytorycznej i eksperckiej lub audytu technicznego dokumentacji lub nadzoru nad opracowaniem i realizacją projektu dotyczącego budowy wielospecjalistycznego obiektu służby zdrowia z kompleksowym blokiem operacyjnym/min. 5 sal/ i lądowiskiem celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w pkt. 8.4. lit. „a,, SIWZ., a sprowadzającego się do posiadania wiedzy i doświadczenia w ww. zakresie w związku z tym, że usługi wykazane w ofercie Konsorcjum nie potwierdzają, że obiekt posiada wymagane przez zamawiającego funkcje. W razie braku stosownych referencji, zamawiający wezwał do przedstawienia nowych referencji potwierdzających wykonanie usługi spełniającej wymogi SIWZ.

W odpowiedzi na to wezwanie udzielonej pismem z 5 września 2012 r. „Konsorcjum Portico,, przesłało ponownie wykaz usług wraz z tłumaczeniem i referencjami, potwierdzającymi spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający opisowi zamieszczonemu w pkt. 8.4 lit. „a,, SIWZ. Konsorcjum przedstawiło nową usługę

obejmującą jedno zadanie *sprawowania pomocy technicznej w zakresie monitorowania i nadzorowania projektu, w skład której wchodziło sprawdzanie projektu polegające na jego zanalizowaniu, uwzględniając całość procesu budowlanego oraz ustalone cele; nadzór nad dokumentacją projektu. Wykonalność projektu. Sprawdzenie zgodności z przepisami krajowymi i lokalnymi w Vigo. Sprawdzenie spełniania zobowiązań określonych w umowie koncesji w odniesieniu do projektu. Wykrywanie ryzyka i propozycje działania. Ogólna analiza funkcjonalna projektu. Analiza i wykrywanie ryzyka związanego z kosztami i terminem realizacji....* Miejsce wykonania: Hiszpania, Vigo, podmiot zlecający: Novo Hospital de Vigo SA,,

Zdaniem Izby-zamawiający nie miał podstaw do uznania, że oferta złożona przez Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu i dokonania w dniu 10 września 2012 r. jej wyboru jako najkorzystniejszej. Izba stwierdziła, że dokonana przez zamawiającego powtórna ocena ofert nastąpiła wbrew wyrokowi KIO z 6 sierpnia 2012 r., która w pisemnych motywach „uznała za zasadne wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wskazania w pkt. 1 wykazu usług lądowisk-Hiszpania, Barcelona, Szpital del Mar oraz dokonanie przez zamawiającego oceny wyjaśnień w kontekście przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p.. W przypadku braku podstaw do wykluczenia na podstawie tego przepisu, wykonawcy powinni być wezwani do uzupełnienia ofert na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p.,,

Wg Izby ocena przesłanek, czy działanie Konsorcjum miało na celu wprowadzenie w błąd winna być oparta o określone wyjaśnienie związane z usługą, której prawdziwość jest kwestionowana, potwierdzające w sposób jednoznaczny, że nieprawdziwa informacja nie została złożona. Oparcie się przez zamawiającego na nowym, uzupełnionym dokumencie nie odnoszącym się do dokumentu pierwotnie złożonego w ofercie jest wadliwe.

Odnosząc się do przedstawionego przez Konsorcjum w toku ponownego badania ofert „dokumentu mającego potwierdzić wykonanie uzupełnionej usługi,./ str. 4 uzasadnienia wyroku/ Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do ponownego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, gdyż takie działanie naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji Izba nakazała wykluczenie Konsorcjum z postępowania uznając, że nie jest możliwe zastąpienie informacji nieprawdziwej-prawdziwą, a ewentualne inne działanie, w tym ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadziłoby do nadużyć.

Skargę na powyższe orzeczenie w trybie art. 198,,b,, ust. 4 zd. pierwsze p.u.n. w zw. z art. 198,,a,, ust. 1 p.z.p. złożył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podnosząc zarzut naruszenia następujących przepisów p.z.p.:

- art. 24 ust. 2 pkt. 3 poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykluczenie wykonawców od udziału w postępowaniu na podstawie tego przepisu powinno 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, przez co nie nastąpiło jednoznaczne stwierdzenie nieprawdziwości informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania;

- art. 26 ust. 3 poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą podczas gdy przepis ten dopuszcza możliwość wzywania wykonawców, którzy złożyli wymagane przez zamawiającego dokumenty lub oświadczenia potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie;

- art. 26 ust. 4 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 że z przepisu tego nie wynika ograniczenie do jednokrotnego skorzystania z procedury wyjaśniającej w zakresie dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy uprzednio żądane wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone.

Z tych względów apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198 „f„ ust. 5 *in fine* p.z.p. i jednocześnie nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego/ k. 49/.

Odwołujący złożył odpowiedź na skargę pismem procesowym z 16 listopada 2012 r. wnosząc o umorzenie postępowania wywołanego skargą z uwagi na unieważnienie przez zamawiającego postępowania przetargowego zgodnie z wyrokiem KIO względnie o oddalenie skargi/ k.104/.

Na rozprawie apelacyjnej zamawiający oświadczył, że –po zasięgnięciu opinii Urzędu Zamówień Publicznych- unieważnił czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego/ k. 131/.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Rozpatrując odwołanie wykonawcy Grontmij Polska sp. z o.o. od czynności zamawiającego z 10 września 2012 r. polegającej na wyborze oferty „Konsorcjum Portico„ Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wystąpiła przesłanka do wykluczenia Konsorcjum z postępowania polegająca na złożeniu nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na

wynik prowadzonego postępowania z art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. KIO uznała tym samym za zasadny podstawowy zarzut odwołania, że Konsorcjum nie przedstawiło żadnych wyjaśnień co do pkt. 1 wykazu usług załączonego do oferty, a zatem zamawiający nie miał jakiegokolwiek możliwości dokonania oceny, czy działanie Konsorcjum miało charakter celowego wprowadzenia w błąd, a tylko takie wyjaśnienia dotyczące usługi, której prawdziwość jest kwestionowana, a nie nowy, uzupełniony dokument, taką możliwość dają. Takie stanowisko nie zasługuje na aprobatę. Jak trafnie podnosi w skardze skarżący, w myśl przywołanego wyżej przepisu p.z.p. wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia następuje w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: 1/ złożenia nieprawdziwych informacji, przy czym informacje te 2/ mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Nie powinno być wątpliwości, że funkcją art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który poprzez podanie nieprawdziwych informacji, mających na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd, dąży do uzyskania korzystnego dla siebie wyniku postępowania. Jak trafnie podnosi skarżący przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.u.n. nie można interpretować w oderwaniu od art. 45 ust. 2 „g”, dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi/ DZ.U. U.E. nr 134, poz. 114 z późn. zm./, zgodnie z którym z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych dyrektywą. Wprowadzenie w błąd musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy. Niewątpliwie dokonana w zaskarżonym wyroku KIO wykładnia art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. jest nie tylko niezgodna z dyrektywą 2004/18/WE, a więc z prounijną wykładnią przepisów krajowych, ale także z jego literalnym brzmieniem i w odniesieniu do kolejnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 4 p.z.p. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie w sposób jednoznaczny dowieść, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie/ art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p./. Pozyskaniu stosownej wiedzy w tym kierunku służyć powinno postępowanie wyjaśniające przeprowadzone w trybie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. Dokonując oceny dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie zamawiający powinien w pierwszej kolejności wykluczyć zaistnienie błędnej interpretacji istotnych warunków zamówienia lub omyłki wykonawcy i ocenić, czy omyłka ta wpływa/może wpływać/na wynik

postępowania. W przypadku dokonania przez wykonawcę wadliwej interpretacji SIWZ w zakresie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i pozostawania w przekonaniu o spełnieniu tychże warunków, a w konsekwencji przedstawienia dokumentów, które nie potwierdzałyby spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca taki, jak słusznie wywodzi skarżący, automatycznie objęty zostałby sankcją wykluczenia z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Taka interpretacja art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. nie może się ostać w sytuacji, gdy niewskazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu / art. 24 ust. 2 pkt. 4 p.z.p./ stanowi przecież odrębną podstawę wykluczenia. Za przedstawioną w skardze wykładnią art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. przemawia także brzmienie art. 25 p.z.p., który oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców dzieli na potwierdzające spełnianie a/ warunków udziału w postępowaniu i b/ wymagań określonych przez zamawiającego.

Reasumując dodać trzeba, stanowisko KIO zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, w świetle którego wystarczającą podstawą do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest brak wyjaśnień wykonawcy w zakresie dokumentów, w stosunku do których powzięto przypuszczenie o ich nieprawdziwości, odbiega od dotychczasowego ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, powołanego na str. 10 uzasadnienia skargi.

Podzielić należy także tezę skarżącego, że w konkretnych okolicznościach, ze względu na sposób sformułowania wezwania zamawiającego dokonanego pismem z 31 sierpnia 2012 r., wykonawca był uprawniony jedynie do uzupełnienia oferty o nowy wykaz i nowe referencje na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu skoro działał zgodnie z wezwaniem, którego celem było ustalenie ziszczenia się przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt. 4.

Dlatego też o złożeniu przez Konsorcjum nieprawdziwej informacji nie stanowi ani uzupełnienie oferty na potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu ani zaniechanie udzielenia wyjaśnień w zakresie wykazu wykonanych usług.

Z przedstawionych względów na podstawie art. 198, f., ust. 2 zd. drugie p.z.p. zaskarżony wyrok należało zmienić poprzez uwzględnienie skargi i oddalenie odwołania.

O kosztach postępowania skargowego i odwoławczego orzeczono na podstawie art. 198, a., ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych/t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 90, poz. 594 ze zm./.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność
Zup. Kierownika Sekretariatu
Starszy Sekretarz Sądowy
Dorota Kwiatkowska