



**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 19 lipca 2012 r.

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny-Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Anna Wrembel-Woźniak

Sędzia SO Elżbieta Gajewska

Sędzia SO Małgorzata Truskolaska-Zuczek (spr.)

Protokolant protokolant sądowy Martyna Perzyńska

po rozpoznaniu w dniu 11 lipca 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania wykonawcy – Konsorcjum: Zakłady Automatyki „Kombud” SA z siedzibą w Radomiu (Lider Konsorcjum) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji SA z siedzibą w Lublinie

z udziałem wykonawcy – Konsorcjum: Thales Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu (Lider Konsorcjum), Thales Transportation Systems GmbH z siedzibą w Niemczech i Trakce AS z siedzibą w Czechach oraz wykonawcy „Qumak-Sekom” SA z siedzibą w Warszawie przeciwko Zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe SA z siedzibą w Warszawie

o zamówienie publiczne

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 28 marca 2012 r., sygn. akt KIO 478/12

- I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że: w pkt 1 oddala odwołanie, w pkt 2 kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Zakłady Automatyki „Kombud” SA z siedzibą w Radomiu (Lider Konsorcjum) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji SA z siedzibą w Lublinie, usuwa z treści wyroku pkt 2.1 i pkt 2.2 oraz dodaje pkt 3 o treści: zasądza od Konsorcjum: Zakłady Automatyki „Kombud” SA z siedzibą w Radomiu (Lider Konsorcjum) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji SA z siedzibą w Lublinie na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe SA z siedzibą w Warszawie kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- II. nie obciąża Konsorcjum: Zakłady Automatyki „Kombud” SA z siedzibą w Radomiu (Lider Konsorcjum) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji SA z siedzibą w Lublinie kosztami postępowania skargowego przed Sądem Okręgowym.



UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe SA z siedzibą w Warszawie – wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na *zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie – Radom linii nr 8 w ramach projektu POLiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie-Radom”*.

Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że do realizacji przedmiotu zamówienia zostało wybrane Konsorcjum: Thales Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu (Lider Konsorcjum), Thales Transportation Systems GmbH z siedzibą w Niemczech i Trakce AS z siedzibą w Czechach [zwane dalej Konsorcjum Thales], natomiast oferta Konsorcjum: Zakłady Automatyki „Kombud” SA z siedzibą w Radomiu (Lider Konsorcjum) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji SA z siedzibą w Lublinie [zwanego dalej Odwołującym], została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

W dniu 9 marca 2012 r. Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp), w tym m. in. art. 24 ust. 2 pkt 3 – przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy Konsorcjum Thales oraz wykonawca „Qumak-Sekom” SA z siedzibą w Warszawie złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy Konsorcjum Thales oraz „Qumak-Sekom” SA nie spełnili warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz art. 24 ust. 4 – przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy ofertę w/w Konsorcjum i „Qumak-Sekom” SA należało uznać za odrzucone.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty Konsorcjum Thales jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum Thales i wykonawcy „Qumak-Sekom” SA na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 lub pkt 4 ustawy Pzp oraz uznania ofert w/w wykonawców za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Do Prezesa KIO wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone przez Konsorcjum Thales oraz wykonawcę „Qumak-Sekom” SA; zgłaszający przystąpienie wnieśli o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 28 marca 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Thales i wykonawcy „Qumak-Sekom” SA oraz dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (pkt 1), kosztami postępowania odwoławczego obciążyła Zamawiającego (pkt 2), zaliczając w poczet tych kosztów kwotę 20.000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania (pkt 2.1) i zasądając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23.600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego (20.000 zł – wpis od odwołania i 3.600 zł wynagrodzenie pełnomocnika) – (pkt 2.2).

Spośród zgłoszonych w odwołaniu zarzutów KIO uznała za zasadny jedynie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Thales i wykonawcy „Qumak-Sekom” SA, którzy *złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania* i winni być wykluczeni z tego postępowania.

KIO stwierdziła, że w rozdziale 8 pkt 8.2 ppkt 8.2.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) tom I IDW (Instrukcji Dla Wykonawców - str. 7) Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawcę wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - jednego lub więcej zamówień obejmujących m. in. zabudowanie urządzeń ssp (samoczynnej sygnalizacji przejazdowej) na 5 przejazdach kolejowych. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Zamawiający żądał wykazu wykonanych robót (pkt 8.3.1) – z podaniem ilości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców

robót oraz dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i odebrane.

Konsorcjum Thales załączyło do swojej oferty w/w dokumenty, a w treści załącznika nr 6 do IDW (wykazu wykonanych w okresie ostatnich 5 lat zamówień) wskazało, że wykonało m. in. zamówienie dotyczące zaprojektowania i wykonania Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu, zrealizowane w okresie od sierpnia 2005 r. do marca 2009 r. na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe SA, a w zakresie realizacji tego zamówienia – zgodnie z informacją zawartą w ofercie – wchodziło m. in. „zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych”.

Analogicznej treści informacje w tym zakresie zawierała oferta „Qumak-Sekom” SA.

Zamawiający wezwał obu tych wykonawców (w trybie art. 26 ust. 4 ustawy) do złożenia wyjaśnień, gdyż według wiedzy jaką posiadał, w ramach projektu *Zaprojektowanie i wykonanie Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu* nie zabudowano na żadnym przejeździe kolejowym Samoczynnej Sygnalizacji Przejazdowej (ssp). W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum Thales oraz „Qumak-Sekom” SA oświadczyli w udzielonych wyjaśnieniach, że istotnie nie były w ramach tego zadania realizowane zabudowy urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych.

W ocenie KIO postępowanie Zamawiającego było nieuprawnione i nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących stanie prawnym. Izba wskazała, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem Zamawiającego, gdy zostaną spełnione przesłanki z art. 24 ustawy Pzp. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie tego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz ich wpływu na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania (czyli wybór najkorzystniejszej oferty) może mieć charakter bezpośredni, gdy informacja wprost na niego rzutuje, albo pośredni – gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Przez podanie informacji nieprawdziwych należy rozumieć informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (przy czym oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu).

KIO wskazała, że zgodnie z przeważającym w orzecznictwie sądów i Izby poglądem, nie mają znaczenia przyczyny, z powodu których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie rozróżnia się skutków podania nieprawdziwych informacji ze względu na postać winy wykonawcy (winę umyślną czy niedbalstwo); istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością.

Izba przyznała, że w prawodawstwie europejskim nakazuje się wykluczenie wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd” [Dyrektywa 2004/18/WE – art. 45 ust. 2 lit. g)], uznała jednak, że zastosowaniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie można przeciwstawić przepisu Dyrektywy. Zdaniem Izby treść Dyrektywy pozwoliła Państwu Członkowskiemu na implementację przepisów i ich uregulowanie w prawie krajowym przez określenie warunków wykonania postanowień Dyrektywy. Na gruncie ustawy Pzp podstawą wykluczenia jest złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba podkreśliła, że ustawa Pzp nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji; Zamawiający nie ma ani prawa, ani obowiązku do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w art. 26 ust. 3 ustawy stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia.

Zdaniem KIO informacje zawarte w ofercie Konsorcjum Thales oraz wykonawcy „Qumak-Sekom” SA, po ich weryfikacji przez Zamawiającego na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, nie odpowiadają faktom ustalonym w toku czynności wyjaśniających – tym samym została spełniona pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba wskazała, że badając spełnienie przesłanki wpływu informacji na wynik postępowania, Zamawiający dokonując oceny badania ofert w pierwszej kolejności zobowiązany jest do oceny wykazanego przez wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu – i w tym momencie stwierdza, czy informacje, jakie zostały złożone, są nieprawdziwe, a następnie, czy wykonawca spełnia opisane w SIWZ warunki udziału w postępowaniu. Przy stwierdzeniu złożenia

nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca potwierdził w innym miejscu spełnienie tego warunku, nie podlega on wykluczeniu. Jeżeli jednak na tym etapie weryfikacji wykonawcy stwierdzone zostało złożenie nieprawdziwych informacji, a spełnienie warunku nie znajduje potwierdzenia w innym miejscu (w innych dokumentach), to wykonawca podlega wykluczeniu i niemożliwym jest uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowej zawsze ma wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania; nie można sprowadzić rozumienia „wyniku postępowania” z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy tylko do najkorzystniejszej oferty, ponieważ na tym etapie nieznana jest jeszcze najkorzystniejsza oferta.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarówno w ofercie Konsorcjum Thales, jak i w ofercie „Qumak-Sekom” SA, zostały podane nieprawdziwe informacje, co zostało potwierdzone w złożonych przez tych wykonawców wyjaśnieniach; jednocześnie w ich ofertach brak było dokumentów potwierdzających spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku wykazania się *zabudową urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych*, dlatego też Zamawiający był obowiązany na tym etapie wykluczyć obu w/w wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a ich oferty uznać za odrzucone (na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy). Izba podkreśliła, że nieuprawnionym działaniem Zamawiającego było wzywianie tych wykonawców do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie opisanego warunku udziału w postępowaniu.

Izba wyjaśniła, że z uwagi na uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy (dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji), zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 (zaniechania wykluczenia obu wykonawców) stał się bezprzedmiotowy.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Krajowa Izba Odwoławcza powołała i przytoczyła treść szeregu orzeczeń tej Izby, Zespołu Arbitrów oraz Sądów Okręgowych.

Od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej została wniesiona skarga przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który wskazał, że 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. Prezes UZP podkreślił, że wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu, ale w interesie publicznym, związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

Skarżący zaskarżył wyrok w całości, zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie tego przepisu 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;
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że 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 Zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli wymagane przez niego oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania, o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198F ust. 5 in fine ustawy Pzp oraz o nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 kpc).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy – w składzie orzekającym w niniejszej sprawie – dostrzega rozbieżność, jaka istnieje w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych w zakresie interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnośnie oceny rozróżnienia umyślności i nieumyślności w działaniach wykonawcy w sytuacji, gdy podana przez niego informacja okaże się nieprawdziwa i wpływu tego rozróżnienia na decyzje Zamawiającego w zakresie wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sąd Okręgowy nie podziela poglądu Krajowej Izby Odwoławczej, iż złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowych wykonawcy zawsze ma wpływ/może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz że wykluczenie przez

Zamawiającego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić automatycznie – bez względu na przyczyny, z powodu których miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji.

W ocenie Sądu powołany przepis ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinonego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Taki pogląd potwierdzają wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wydane m. in. w sprawach: KIO 590/12 i KIO 600/12 z dnia 12 kwietnia 2012 r., KIO 491/12 z dnia 26 marca 2012 r., KIO 267/12 z dnia 22 lutego 2012 r., KIO 2698/11 z dnia 29 grudnia 2011 r., KIO/UZP 1820/10 z dnia 8 września 2010 r., KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09 i KIO/UZP 605/09 z dnia 19 maja 2009 r., KIO/UZP 278/09 z dnia 20 marca 2009 r., KIO/UZP 1098/08 z dnia 24 października 2008 r. i KIO/UZP 814/08 z dnia 21 sierpnia 2008 r.

Należy w tym miejscu wskazać, że w orzecznictwie i doktrynie funkcjonuje pogląd, iż złożenie dokumentu lub oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia (gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą). Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnieniu podlega bowiem dokument niezłożony lub dokument wadliwy, a nie dokument, który zawierał informację nieprawdziwą. W ocenie Sądu Okręgowego pogląd ten nie jest przekonujący. Odnosząc powyższe założenia do stanu faktycznego niniejszej sprawy – gdyby wykonawca wypełniając druk załącznika nr 6 do IDW nie wskazał w ogóle w wykazie wykonania jednej z robót wymaganych przez Zamawiającego, a wymienionych w punkcie 8.3.1 SIWZ (np. zabudowania urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych), Zamawiający wezwałby go do uzupełnienia wykazu w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy wykaz taką informację zawiera, ale jest ona nieprawdziwa - na skutek popełnionej przez wykonawcę omyłki - Zamawiający nie ma podstaw prawnych do żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień – i ewentualnego zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą. Zdaniem Sądu sytuacja taka może w konkretnych przypadkach prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ponadto - w ocenie Sądu Okręgowego - przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie można pomijać istnienia w obrocie prawnym 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. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Nie ulega wątpliwości, że przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji". Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od Zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy; nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

Taki sposób wykładni potwierdza także przepis art. 26 ust. 3, który nakazuje wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli zawierają one błędy oraz art. 87 ust. 2, który nakazuje poprawę omyłek w treści oferty. Analiza tych przepisów prowadzi do wniosku, że ustawodawca dopuszcza poprawienie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty, pomimo że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością. W tej sytuacji można bronić poglądu, że wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega 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 przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki – z założenia więc działania nieumyślnego.

Tego rodzaju rozumowanie jest aktualnie prezentowane również przez komentatorów ustawy Prawo zamówień publicznych (m. in. Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, Komentarz 2010, Wydanie IV; Stefan Babiarz, Zbigniew Czarnik, Paweł Janda, Piotr Pełczyński, Komentarz 2011) oraz w komentarzu Aleksandry Sołtysińskiej do art. 45 powołanej Dyrektywy 2004/18/WE (Europejskie prawa zamówień publicznych, Kraków 2006).

Odnosząc wszystkie powyższe uwagi do stanu faktycznego niniejszej sprawy należy stwierdzić, że nie sposób uznać postępowania Konsorcjum Thales i „Qumak-Sekom” SA jako zmierzającego do umyślnego, świadomego i celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd i chęci uzyskania zamówienia na podstawie fałszywych danych.

Ma rację skarżący, że żaden z wykonawców nie mógł świadomie czy celowo wprowadzić Zamawiającego w błąd, podając w wykazie, że w związku z zaprojektowaniem i wykonaniem Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu w okresie od sierpnia 2005 r. do marca 2009 r. wykonał prace polegające m. in. na „zabudowaniu urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych”, gdyż powyższe zamówienie (przy realizacji którego wykonawcy w istocie nie wykonywali takich prac), było realizowane również na zamówienie PKP Polskie Linie Kolejowe SA, Zamawiający był więc świadomy, że inwestycja wskazana przez wykonawców w poz. 1 wykazu wykonanych robót nie obejmowała swym zakresem spornych prac. Podanie tego rodzaju nieprawdziwej informacji nie miało zatem i nie mogło mieć korzystnego dla tych wykonawców wpływu na wynik postępowania.

Sąd Okręgowy podziela pogląd, że celem regulacji zawartej 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, nie jest natomiast takim celem eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo czy nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością – i których zamiarem nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Nie można zrównywać pozycji wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje wskutek błędu lub popełnił omyłkę w złożonej ofercie (jak wykonawcy w sprawie niniejszej) z pozycją wykonawcy, który świadomie zawarł w ofercie informacje nieprawdziwe z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z całą pewnością nie było celem ustawodawcy wprowadzenie obowiązku automatycznego wykluczenia z postępowania każdego wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje – bez względu na przyczynę.

Na podkreślenie zasługuje też fakt, że obaj wykonawcy na dzień składania ofert w istocie spełniali wymagany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu (polegający na zabudowaniu urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych), co potwierdzili złożonymi dokumentami. Gdyby zatem w złożonym wykazie w ogóle nie wskazano, że powyższe prace były przez wykonawców zrealizowane w innych przetargach, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp byłby zobligowany wezwać ich do uzupełnienia wykazu, a wykonawcy – po przedstawieniu posiadanych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia – zostaliby dopuszczeni do udziału w postępowaniu, brak byłoby bowiem podstaw do ich wykluczenia.

Uznając zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej za nietrafny, Sąd Okręgowy orzekł jak w pkt I wyroku na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

O uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego orzeczono na podstawie § 3 pkt 2 lit. b) i § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) w zw. z art. 198f pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a o kosztach postępowania przed Sądem orzeczono na podstawie art. 102 kpc.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

SEKRETARZ SĄDOWY

Agnieszka Najmoszek