

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 października 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie :

Przewodniczący: sędzia Arkadiusz Kucharski

Protokolant : Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 23 września 2021 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem

zamawiającego : Spółka (...) S.A. w B.

odwołującego : wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. R., (...) sp. z o.o. w C.

przy udziale wykonawcy : (...) sp. z o.o. w C.

na skutek skargi (...) sp. z o.o. w C. od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 25.06.2021 r., sygn. akt KIO 1434/21

1. oddala skargę,
2. zasądza od (...) sp. z o.o. w C. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. R., (...) sp. z o.o. w C. 7500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

XXIII Zs 98/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Spółka (...) Spółka Akcyjna w B. (zwany dalej: zamawiającym) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest likwidacja szybika wentylacyjnego (...) oraz pochylni wentylacyjnej (...) na odcinku od przecinki do szybika wentylacyjnego do powierzchni wraz z wyposażeniem oraz likwidacja obiektów budowlanych dla (...) S.A. Oddział KWK „(...)” Ruch (...).

Postępowanie prowadzone było na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej P.z.p., ponieważ zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie i skarga zostały złożone po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych, do postępowania odwoławczego i skargowego zastosowanie mają przepisy ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej n.P.z.p.).

W dniu 12 maja 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. R., (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C. (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 63 ust. 1 Dyrektywy (...) poprzez bezzasadne zaakceptowanie polegania przez (...) na zasobach (...) w odniesieniu do warunku dot. doświadczenia, podczas gdy (...) pierwotnie nie polegał w tym

zakresie na zasobach jakiegokolwiek podmiotu trzeciego, a w szczególności wskazanie w ofercie (...) p. W. C. (1) jako podmiotu udostępniającego zasoby miało charakter wyłącznie pozorny, bowiem nigdy nie udostępniał on jakichkolwiek zasobów na rzecz (...), a zatem powołanie się dopiero na etapie badania i oceny ofert na zasoby (...) jest w zaistniałym stanie faktycznym sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz z prounijną wykładnią przepisów Prawa zamówień publicznych;

- art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia (...) z postępowania, mimo że przekazał on zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje co do polegania na zasobach W. C. (1) w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia oraz co do spełniania warunków udziału i uczynił to w warunkach winy umyślnej lub co najmniej rażącego niedbalstwa,

• ewentualnie

- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia (...) z postępowania, mimo że przekazał on zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje co do polegania na zasobach W. C. (1) w odniesieniu do warunku dot. doświadczenia oraz co do spełniania warunków udziału, informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a (...) przekazał je w warunkach lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa;

- art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia (...) z postępowania, mimo że (...) zawarł z W. C. (1) porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, tj. wskazał go jako podmiot udostępniający zasoby, mimo braku ich udostępnienia przez W. C. (1), co miało na celu umożliwienie (...) przystąpienie do postępowania mimo niespełniania warunków udziału i poszukiwanie podmiotu udostępniającego zasoby wśród konkurencyjnych w postępowaniu wykonawców już po złożeniu ofert w postępowaniu, co umożliwia manipulowanie wynikiem postępowania.

Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 22a ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że (...) posługując się zasobami (...) wykazał spełnianie warunków udziału, podczas gdy (...) nie wykonało Inwestycji (...), w zakresie której doświadczenia miało użyć (...), a zatem (...) nie wykazał spełniania warunków udziału i winien podlegać wykluczeniu z postępowania;

- art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia (...) z postępowania, mimo że przekazał on zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje co do rzekomego wykonania przez (...) Inwestycji (...) oraz co do spełniania Warunków Udziału i uczynił to w warunkach winy umyślnej lub co najmniej rażącego niedbalstwa, ewentualnie

- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia (...) z postępowania, mimo że przekazał on zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje co do rzekomego wykonania przez (...) Inwestycji (...) oraz co do spełniania Warunków Udziału, informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a (...) przekazał je w warunkach lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów podniesionych powyżej:

- art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania (...) do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie sposobu realizacji zamówienia jako podwykonawcy przez (...), podczas gdy (...) nie prowadzi działalności gospodarczej na terytorium Polski oraz w ogóle nie prowadzi działalności gospodarczej w przedmiocie likwidacji obiektów przemysłowych (w tym w szczególności obiektów górniczych);

- art. 22a ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy P.z.p. w zw. § 16 ust. 1 rozporządzenia ws. dokumentów poprzez uznanie, że (...) skutecznie wykazał spełnienie warunków udziału w oparciu o zasoby użyczone przez (...), podczas gdy dokumenty mające wykazywać umocowanie osoby, która podpisała zobowiązanie do udostępnienia

zasobów (informacja ze słowackiego rejestru przedsiębiorców) zostały złożone wyłącznie w języku słowackim, a zatem zamawiający powinien być wezwać (...) do uzupełnienia tłumaczenia dokumentów na język polski.

W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z 7 maja 2021 roku, nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym nakazanie zamawiającemu wykluczenia (...) z postępowania, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 czerwca 2021 roku wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych;

w razie nieuwzględnienia wniosku, o którym mowa w pkt 1, wniósł o:

2. oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C.. Przystępujący poparł stanowisko i wnioski zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 25.06.2021 r. (sygn. akt KIO 1434/21) orzekła w ten sposób, że :

- w pkt 1 oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,

- w pkt 2 w pozostałym zakresie uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C. oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;

- w pkt 3 orzekła o kosztach postępowania obciążając nimi zamawiającego.

W uzasadnieniu tego orzeczenia KIO ustaliła, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SWIZ) zamawiający sformułował dwa warunki udziału — oba dotyczące zdolności technicznej i zawodowej:

a) dysponowanie łącznie czternastoma osobami zdolnymi do wykonania, kierowania i nadzorowania realizacji przedmiotu zamówienia, które zostały szczegółowo wymienione w pkt. 5.3 ppkt 1 lit. a s.i.w.z. („Warunek dot. Personelu”),

b) doświadczenie w należyтым wykonaniu robót budowlanych polegających na wykonaniu kompleksowej likwidacji szybu wraz z wyposażeniem obejmującej zsyp szybu, budowę tam izolacyjnych lub oporowych, wykonaniu robót rozbiórkowych obiektów budowlanych lub przemysłowych o konstrukcji stalowej, żelbetowej lub mieszanej o wartości minimum 1 mln złotych brutto szczegółowo opisane w pkt. 5.3 ppkt 1 lit. b s.i.w.z. („Warunek dot. Doświadczenia”) (Warunek dot. Personelu oraz Warunek dot. Doświadczenia).

W wyznaczonym terminie w postępowaniu zostało złożonych sześć ofert, w tym oferta odwołującego oraz oferta przystępującego.

W złożonej ofercie przystępujący oświadczył, że spełnia warunki udziału. Jednocześnie wskazał, że w tym celu polega na zasobach innych podmiotów: W. C. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) oraz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M.. W przypadku obu podmiotów trzecich w ofercie zostało wskazane, że (...) polega na ich zasobach w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W dniu 9 marca 2021 roku w postępowaniu przeprowadzona została aukcja elektroniczna, w wyniku której najniższą cenę ofertową zaofერował (...), zaś oferta odwołującego uplasowała się na trzecim miejscu.

W dniu 10 marca 2021 roku zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. wezwał (...) do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału, w tym między innymi zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów.

W dniu 15 marca 2021 roku (...) przekazał zamawiającemu:

-w odniesieniu do Warunku dot. Personelu — wykaz osób wraz ze zobowiązaniem (...) do oddania ich do dyspozycji (...) na czas realizacji zamówienia,

-w odniesieniu do Warunku dot. Doświadczenia — wykaz robót budowlanych (łącznie trzech) wykonanych przez (...) na rzecz Zamawiającego, wraz z referencjami.

Ponadto, do pisma (...) załączone zostało oświadczenie W. C. (1), w którym nie zostały wskazane zasoby mające być udostępnione (...), ani w odniesieniu do Warunku dot. Personelu, ani w odniesieniu do Warunku dot. Doświadczenia. (...) oświadczył, że jedynym podmiotem trzecim, który będzie realizował zamówienie w charakterze podwykonawcy będzie (...).

W dniu 23 marca 2021 roku zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wezwał (...) do uzupełnienia złożonej oferty w zakresie wykazania spełnienia Warunku dot. Doświadczenia. Zamawiający wskazał, że przedstawione przez (...) w wykazie robót inwestycje nie obejmowały prac związanych z zasypem szybów oraz budową tam izolacyjnych lub oporowych, wbrew wymaganiom s.i.w.z. w zakresie Warunku dot. Doświadczenia.

W odpowiedzi, w dniu 25 marca 2021 roku (...) powołał się na oświadczenie W. C. (1) o braku zdolności technicznych lub zawodowych na potwierdzenie spełnienia Warunków Udziału. W oparciu o tę okoliczność (...), wskazując na art. 122 nowego P.z.p., zastąpił ten podmiot innym podmiotem, tj. (...) społ. s.r.o. z siedzibą na Słowacji („(...”).

Do pisma (...) załączone zostały:

a) zaktualizowany wykaz robót na potwierdzenie spełniania Warunku dot. Doświadczenia, zawierający robotę budowlaną mającą być wykonaną przez (...) na rzecz (...) z siedzibą w B.,

b) potwierdzenie należytego wykonania ww. roboty budowlanej przez (...),

c) zobowiązanie (...) do udostępnienia zasobów (...).

Do dokumentów dołączono informację ze słowackiego rejestru przedsiębiorców. Informacja została przez przystępującego złożona w języku słowackim, bez tłumaczenia na język polski.

W dniu 7 maja 2021 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny KIO uznała, że rozpoznawane przez nią odwołanie jest zasadne (za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp). Sąd Okręgowy pominie w ramach niniejszego uzasadnienia tę ostatnią kwestię tj. oddalenie przez KIO zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, bowiem nie jest ona objęta przedmiotem postępowania przed tut. sądem.

Co do rozstrzygnięcia z pkt 2 swojego wyroku KIO wskazała, że uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 22a ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.

w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 63 ust. 1 Dyrektywy (...) poprzez bezzasadne zaakceptowanie polegania przez (...) na zasobach (...) w odniesieniu do warunku dot. doświadczenia, podczas gdy (...) pierwotnie nie polegał w tym zakresie na zasobach jakiegokolwiek podmiotu trzeciego, a w szczególności wskazanie w ofercie (...) p.

W. C. (1) jako podmiotu udostępniającego zasoby miało charakter wyłącznie pozorny, bowiem nigdy nie udostępniał on jakichkolwiek zasobów na rzecz (...), a zatem powołanie się dopiero na etapie badania i oceny ofert na zasoby (...) jest w zaistniałym stanie faktycznym sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz z prounijną wykładnią przepisów Prawa zamówień publicznych.

Dalej KIO wskazała, że przystępujący w piśmie z dnia 15 marca 2021 roku poinformował, że podmiot trzeci, na którego zasobu powoływał się w ofercie, tj. PHU (...), nie posiada wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, dlatego też, na podstawie art. 122 n.P.z.p., przystępujący zastępuje go innym podmiotem - (...) spoi. s.r.o.

W odniesieniu do tej kwestii KIO podkreśliła, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zostało wszczęte przed dniem 1 stycznia 2021 roku, dlatego też nie mają do niego zastosowania przepisy ustawy n.P.z.p. z dnia 11 września 2019 roku, lecz ustawy P.z.p. z 29 stycznia 2004 roku. Z tego też względu KIO stwierdziła, że przystępujący niezasadnie powołał się na art. 122 n.P.z.p. Przepis zawarty w art. 122 n.P.z.p. jest analogicznym przepisem do unormowania zawartego w art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. i to w kontekście tego przepisu należy rozpatrywać zasadność działania przystępującego i podjętych w konsekwencji tych działań czynności zamawiającego. Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p., jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1. Norma zawarta w ust. 1 stanowi natomiast, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. W myśl ust. 2, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zgodnie z ust. 3, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. Stosownie do ust. 4, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Dalej KIO, wskazując na treść art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p., stwierdziła, że podmiot trzeci, na zasobach którego polega wykonawca, musi faktycznie i realnie zrealizować taki zakres prac przewidziany przedmiotem zamówienia, jaki jest uzasadniony zasobami, które udostępnia. Zamawiający wymagał wskazania tego zakresu, na co wskazuje treść załącznika nr 8 do s.i.w.z. Zgodnie z tekstem wskazanym na stronie 2 załącznika, podmiot trzeci winien był złożyć oświadczenie co do zakresu udostępnianych zasobów, sposobu wykorzystania tych zasobów przy wykonywaniu zamówienia oraz zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Mimo że oświadczenie składane jest przez podmiot trzeci, wykonawca, który przedkłada takie oświadczenie podmiotu trzeciego zamawiającemu, akceptuje treść takiego oświadczenia oraz sposób realizacji zobowiązania podmiotu trzeciego podczas powierzonego mu do realizacji zakresie zamówienia.

KIO wskazała, że przystępujący w wyniku wezwania go przez zamawiającego, przedłożył oświadczenie podmiotu trzeciego, PHU (...). W oświadczeniu tym nie wskazano żadnej informacji, jakiej wymagał zamawiający, czyli - w szczególności - zakresu udostępnianych zasobów, ich wykorzystania oraz sposobu i okresu udziału podmiotu

trzeciego. Danych takich nie wskazał również przystępujący. Nie jest bowiem taką informacją złożenie bardzo ogólnego oświadczenia, które znalazło się w załączniku nr 1 do formularza ofertowego, iż przystępujący będzie korzystał z zasobów PHU (...) w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Wykazanie dysponowania zasobami pomiotu trzeciego oraz zakresem i sposobem realizacji przez niego określonej części zamówienia, dokonane po wezwaniu przez zamawiającego wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, winno bowiem odnosić się szczegółowo do wskazanych w SWIZ warunków udziału w postępowaniu. Tym samym przystępujący, nie podając niezbędnych danych dotyczących polegania na zasobach PHU (...), nie wykazał, że w istocie zamierza na tych zasobach polegać.

Zdaniem KIO analiza dokumentów przedłożonych przez przystępującego, w tym w szczególności wykazu osób oraz wykazu robót budowlanych (załącznik nr 7) pozwala na wniosek, że przystępujący zamierzał polegać na zasobach (...) poprzez udostępnienie przez ten podmiot personelu przeznaczonego do realizacji zadania, natomiast w kwestii wykazania doświadczenia - na zasobach własnych. Przystępujący w wykazie robót budowlanych wykazał bowiem roboty realizowane przez siebie. Żaden ze wskazanych dokumentów nie daje podstaw do twierdzenia, że przystępujący, przy wykazaniu warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach PHU (...).

W związku z tym, że zamawiający nie zaakceptował robót wykazanych przez przystępującego, zamawiający, pismem z dnia 23 marca 2021 roku, wezwał go do złożenia wyjaśnień lub wykazania innych, wykonanych robót budowlanych, obejmujących zasyp szybów oraz budowę tam izolacyjnych lub oporowych. W odpowiedzi przystępujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - (...) spoi. s r.o. w B. w postaci roboty wykonanej na rzecz (...) w B..

W ocenie Izby, powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego dopiero w wyniku wezwania, po upływie terminu składania ofert, jest działaniem nieuprawnionym i potwierdza zarzut podniesiony w tym zakresie w odwołaniu.

KIO powołała się na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości wyrażone w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (...) (motyw 42), który w analogicznej sprawie stwierdził, że Takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 38 niniejszego wyroku i stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty.

W konsekwencji KIO uznał, że w rozpoznawanej sprawie nie zachodziły zatem przesłanki wskazane w art. 22a ust.6 ustawy P.z.p., uprawniające przystępującego do zastąpienia jednego podmiotu trzeciego innym.

Dlatego uznając opisywany wyżej zarzut za zasadny, Izba nakazała zamawiającemu wykluczenie przystępującego z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Izba uznała też za zasadne zarzuty zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, ewentualnie 17, ustawy P.z.p.

KIO wskazała w tym zakresie, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. W ocenie Izby odwołujący, informując zamawiającego, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa. Ustawa nie definiuje pojęcia „rażącego niedbalstwa”, natomiast wypełniając te luki orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób

odbiegający od miernika staranności minimalnej" (wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Jest to zatem naruszenie reguły ostrożności .wymaganej w danych okolicznościach bez wykorzystania w pełni możliwości intelektualnych przez osobę dopuszczającą się rażącego niedbalstwa. W doktrynie i orzecznictwie nie ma wątpliwości co do tego, iż za rażące niedbalstwo należy uznać działanie, odpowiadające kwalifikowanej postaci braku należytej staranności (tak: wyrok SN z dnia 25 września 2002 r. sygn. akt I CKN 969/00).

Wprowadzenie w błąd zamawiającego przez przystępującego polegało na złożeniu oświadczenia co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, mimo że przystępujący sam tych warunków nie spełniał ani nie polegał na potencjale podmiotu trzeciego. Następnie przystępujący powołał się na zasoby PHU (...) (bez wskazania rodzaju zasobów oraz zakresu i sposobu realizacji przez niego zamówienia), mimo że podmiot ten również nie spełniał w żadnym zakresie warunków udziału w postępowaniu. Działanie przystępującego obliczone było na stworzenie wrażenia, iż dysponuje odpowiednim potencjałem wymaganym dla przedmiotowego postępowania, mimo że w rzeczywistości tak nie było.

W ocenie Izby działanie przystępującego wypełnia również przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Przepis ten jest bardziej ogólny w stosunku do przepisu zawartego w pkt 16, niemniej jednak obejmuje swą dyspozycją również przypadki wskazane w tym punkcie. Skoro zatem przystępującemu można przypisać działanie objęte dyspozycją art. 14 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., to tym bardziej mieści się ono w dyspozycji pkt 17.

Zrelacjonowany wyżej wyrok KIO zaskarżył przystępujący, tj. (...) podnosząc zarzuty :

I. naruszenie przepisu art 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię prowadzącą do przyjęcia, że dla przypisania Skarżącej zamierzonego działania bądź rażąco niedbałego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do przedstawienia informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, wystarczający był sam fakt, iż informacje przekazane Zamawiającemu okazały się w toku postępowania odwoławczego rzekomo nieprawdziwe, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek dowodów na istnienie po stronie Skarżącej znamion, o których mowa w tym przepisie;

II. naruszenie przepisu art 24 ust. 1 pkt 16) Pzp, poprzez jego błędną wykładnię prowadzącą do stwierdzenia, że przewidziana w tym przepisie przesłanka - wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci zamierzonego działania bądź rażąco niedbałego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do przedstawienia informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu - jest spełniona w sytuacji, w której wykonawca przedstawił zamawiającemu określoną informację w kształcie wynikającym z wykładni specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonanej przez wykonawcę w dobrej wierze oraz zgodnie z regułami wykładni, odbiegającej jednak ostatecznie od wykładni specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej w tym zakresie w postępowaniu odwoławczym przez KIO;

III. naruszenie przepisu art 24 ust 1 pkt 17) Pzp, poprzez błędną jego wykładnię prowadzącą do przyjęcia, że dla przypisania skarżącej lekkomyślnego, bądź niedbałego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do istotnych aspektów postępowania, wystarczający był sam fakt, iż informacje przekazane Zamawiającemu okazały się w toku postępowania odwoławczego rzekomo nieprawdziwe, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek dowodów na istnienie po stronie Skarżącej znamion lekkomyślności, bądź niedbalstwa przy ich przekazywaniu Zamawiającemu, o których to znamionach mowa w tym przepisie;

IV. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez jego błędną wykładnię, prowadzącą do stwierdzenia, że przewidziana w tym przepisie przesłanka - wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci niedbalstwa wykonawcy, skutkującego przedstawieniem zamawiającemu nieprawdziwych informacji - jest spełniona w sytuacji, w której wykonawca przedstawił zamawiającemu określoną informację w kształcie wynikającym z wykładni specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonanej przez wykonawcę w dobrej wierze oraz zgodnie z regułami wykładni, odbiegającej jednak ostatecznie od wykładni specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej w tym zakresie w postępowaniu odwoławczym przez KIO.

Wskazując na powyższe skarżący, na podstawie art. 581 w zw. z art. 588 ust. 2 nPzp wnosili o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego i skargowego.

W ramach postępowanie skargowego stanowisko zajął (jako przeciwnik skargi) odwołujący, czyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. R., (...) sp. z o.o. w C. wnosząc o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

Zamawiający nie zajął żadnego stanowiska w toku postępowanie skargowego.

Sąd Okręgowy zważył co następuje :

Skarga nie była zasadna.

Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Żaden z 4 zarzutów sformułowanych w skardze nie był trafny. Poniżej Sąd odniesie się do każdego z nich zachowując numerację tych zarzutów zastosowaną w skardze. Sąd nie będzie w tej części uzasadnienia powielał dokładnego brzmienia przedmiotowych zarzutów, bowiem w sposób ścisły zostały już one przytoczone we wcześniejszym fragmencie (odnoszącym się do skargi), do którego Sąd w tym zakresie odsyła.

Zarzut nr I

Sąd tego zarzutu nie podziela, bowiem w ocenie Sądu rację miała KIO stwierdzając, iż w niniejszej sprawie zachowanie się (...) spełniało przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP.

Sąd podziela stanowisko KIO co do tego, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego polegało na złożeniu przez (...) oświadczenia co do spełnienia Warunków Udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, mimo, że (...) sam tych warunków nie spełniał, ani nie polegał faktycznie na potencjale podmiotu trzeciego. (...) przedstawił wyłącznie blankietowe zobowiązanie podmiotu trzeciego (bez wskazania zakresu czy rodzaju udostępnianego potencjału) z pełną świadomością, że podmiot ten nie posiada wymaganego doświadczenia.

W konsekwencji rację miała KIO uznając, że takie działanie (...) nakierowane było na stworzenie wrażenia (pozoru), że dysponuje odpowiednim potencjałem wymaganym dla postępowania, mimo że w rzeczywistości tak nie było.

Zarzut nr II

Ten zarzut też nie był trafny.

W tym zakresie Sąd podziela argumentację przeciwnika skargi, co do tego, iż bezzasadne są zarzuty (...) związane z jego rzekomymi problemami z interpretacją zapisów SIWZ i wskazywaniem tego jako rzeczywistej przyczyny podania przez (...) nieprawdziwych informacji. Trafnie w tym zakresie zauważył przeciwnik skargi, iż (...) w zarzutach skargi wskazuje na rzekomo odmienną niż wywiodła Izba, interpretację SIWZ w zakresie warunków udziału, ale równocześnie w żaden sposób nie wyjaśnia na czym taka błędna interpretacja miałaby polegać. (...) na żadnym etapie postępowania nie skonfrontował swojej interpretacji Warunków Udziału z interpretacją przyjętą przez KIO. Zagadnienie dotyczące interpretacji Warunków Udziału nie stanowiło sporu, od początku dla wszystkich było klarowne i jasne, że (...) ich nie spełnił. Ponadto, zasadniczo nie wiadomo, który z Warunków Udziału (...) chciał spełnić przy pomocy udostępnionych zasobów przez W. C. (1), bowiem nigdy nie określono, jakie zasoby W. C. (1) miałby udostępnić - co dowodzi zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd, tylko po to, aby stworzyć szansę do wprowadzenia w toku postępowania nowego podmiotu trzeciego. Powyższe potwierdza celowe działanie związane z przekazaniem Zamawiającemu informacji nieprawdziwych - tj. oświadczenia (...) o spełnianiu Warunków Udziału, chociaż (...) go nie spełniał.

Zarzuty nr III oraz nr IV (opisane łącznie, gdyż w istocie dotyczą tej samej kwestii)

Sąd tych zarzutów także nie podziela, bowiem zgodzić należy się z KIO, iż opisane wyżej działanie (...) (spełniające przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP) można uznać tym bardziej za mieszczące się w ramach dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

Zdaniem Sądu rację miała KIO uznając, że (...) można przypisać co najmniej lekkomyślność skoro zamierzał polegać w ramach przedmiotowego postępowania na zasobach W. C. (1), bez uprzedniej jakiegokolwiek weryfikacji tego, iż podmiot ten wymagane zasoby posiada.

Samo odwoływanie się przez (...) do tego, że W. C. (początkowo) zapewniał (...) o posiadaniu tych zasobów nie sposób uznać za wystarczający przejaw staranności (...) w tym zakresie.

Słusznie zresztą w tym temacie zwraca uwagę przeciwnik skargi na fakt, że w istocie (...) nigdy nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, z którego wynikałoby, że W. C. kiedykolwiek posiadał zasoby, na których (...) zamierzał polegać. Co więcej, przedstawienie przez (...) bankietowego zobowiązania W. C. (1) - bez wskazania jakie konkretnie zasoby zostaną udostępnione dowodzi, że od początku zamiarem (...) była zamiana podmiotu trzeciego. Złożenie „pustego” zobowiązania W. C. (1) było ukierunkowane wyłącznie na pozyskanie w międzyczasie zobowiązania innego podmiotu trzeciego. Świadczy to o tym, że (...) musiał mieć pełną świadomość tego, iż w rzeczywistości ani on sam, ani W. C. (1) nie posiadają zasobów wymaganych przez SWIZ. Trafnie też w tym zakresie zauważa przeciwnik skargi, iż jeśli (jak zdaje się wynikać ze stanowiska (...)) W. C. (1) miał udostępnić (...) zasoby w postaci doświadczenia, to przecież tego rodzaju zasobów nie można utracić. Można utracić np. sprzęt, czy personel, ale nie doświadczenie. Jeżeli więc W. C. (1) kiedykolwiek posiadałby doświadczenie w zakresie koniecznym do niniejszego postępowania, to mógłby ich użyć, a więc jeżeli ich nie użył, to oznacza wyłącznie, że nigdy ich nie posiadał, zatem nie mógł ich udostępnić od samego początku, o czy (...) musiał wiedzieć. Jako podmiot profesjonalny, powinien zweryfikować przed złożeniem oferty, czy rzeczywiście niniejsze zasoby będzie mógł pozyskać. Brak takiej weryfikacji przez (...) niewątpliwie spełnia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, dlatego opisywane zarzuty skargi nie mogą być uznane za trafne.

Z treści uzasadnienia skargi zdaje się wynikać, iż skarżący z tzw. ostrożności procesowej wskazuje, że zarzut naruszenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Skarżący uważa bowiem, że jeżeli Izba stwierdziła, że nie spełnia on Warunków Udziału (art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP), to nie powinna odnosić się do wprowadzenia w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP), bowiem i tak będzie podlegał wykluczeniu.

Zdaniem Sądu to stanowisko skarżącego nie jest zasadne.

W tym zakresie Sąd w całości podziela i przyjmuje za własną argumentację przeciwnika skargi, który trafnie wskazał, iż przy takiej interpretacji Izba nigdy nie mogłaby uwzględnić zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP, co do Warunków Udziału, ponieważ jego koniecznym elementem jest właśnie to, żeby wykonawca tych warunków nie spełniał (czyli właśnie zarzut z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP). Wskazane zarzuty wynikają z tożsamej okoliczności faktycznych tj. Skarżący nie spełnia Warunku Udziału (art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP), a ponadto - w zakresie informacji dotyczących spełniania tych warunków wprowadził Zamawiającego w błąd, twierdząc, że spełnia Warunki Udziału (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP). Przesłanki wykluczenia, zarówno z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP (niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu) jak również z art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 PZP (przekazanie informacji wprowadzających w błąd) stanowią samodzielne podstawy wykluczenia - każda z nich może być oceniana odrębnie, w zależności od okoliczności faktycznych. W niniejszej sprawie potwierdziło się wystąpienie wszystkich opisanych przesłanek, tym samym bez znaczenia pozostaje argument Skarżącego, że skoro potwierdził się zarzut niespełniania Warunków Udziału, to brak jest podstawy do uwzględnienia zarzutów dotyczących przekazania informacji wprowadzających w błąd.

Mając powyższe na uwadze Sąd, na podstawie art. 588 ust. 1 nPzp, orzekł jak w pkt. 1 wyroku.

W pkt 2 Sąd orzekł o kosztach postępowania skargowego zgodnie z art. 589 ust. 1 nPzp w zw. z art. 98 i 99 kpc, przyznając przeciwnikowi skargi jako stronie wygrywającej to postępowanie 7 500 zł tytułem kosztów zastępstwa

prawnego obliczone stosownie do treści § 2 pkt 8 w zw. z § 10 ust. 1 Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Sąd Okręgowy w Warszawie od dawna bowiem prezentuje pogląd, iż nie ma sprawy podobnej do spraw z zakresu skarg na orzeczenie KIO. Ustawodawca jednocześnie nie przewidział stawek dla radców prawnych/adwokatów do tej kategorii spraw. Dlatego też zasądzone koszty zostały oszacowane w oparciu o wartość przedmiotu sporu, który w tym wypadku został utożsamiony z wartością przedmiotu zamówienia.

sędzia Arkadiusz Kucharski