

Sygn. akt XIII Ga 546/18



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 czerwca 2018 roku

Sąd Okręgowy w Łodzi XIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący Sędzia SO Iwona Godlewska
Sędziowie: SSO Jarosław Pawlak
SSO Bartosz Kaźmierak

Protokolant stażysta Jakub Choiński

po rozpoznaniu w dniu 22 czerwca 2018 roku w Łodzi

na rozprawie

skargi [redacted] z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [redacted]

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2018 roku w sprawie o sygn. akt KIO 448/18, wydanego na skutek odwołania wniesionego w dniu 9 marca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [redacted]

[redacted] w [redacted] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] w postępowaniu prowadzonym przez [redacted]

przy udziale

zamawiającego [redacted]

oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [redacted]

1. oddała skargę;

2. zasądza od [redacted]

[redacted] na rzecz [redacted]

[REDACTED]

po 1200 zł (tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Iwona Godlewska

Jarosław Pawlak

Bartosz Kaźmierak

Na oryginale właściwe podpisy
za zgodność świadczy:

Sędziya
Jarosław Chołński



UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 23 marca 2018 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 448/18 w przedmiocie odwołania z dnia 9 marca 2018 roku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION]

[REDAKTION] w postępowaniu prowadzonym przez [REDAKTION] przy udziale wykonawcy [REDAKTION] o.o. w [REDAKTION] zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 3, nakazała zamawiającemu wykluczenie [REDAKTION]

[REDAKTION] z przedmiotowego przetargu w zakresie zadania nr 3, nakazała zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 3; w pkt 2. obciążyła kosztami [REDAKTION] w [REDAKTION] w pkt 2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego tytułem wpisu od odwołania; w pkt 2.2. zasądziła od [REDAKTION] w [REDAKTION] na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego kwotę 20.000,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

W przedmiotowej sprawie zamawiający [REDAKTION] w [REDAKTION] wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę sieci ciepłowniczej w [REDAKTION] w celu ograniczenia emisji CO₂ i poprawy efektywności energetycznej – Etap 1 w podziale na 7 zadań nr MZ/JA/5324/17 dotyczące zadania nr 3: modernizacja wodnej sieci ciepłowniczej od K-4116 os. [REDAKTION] „EF” wraz z przyłączami – etap 1 od K-4116 do K-4 wraz z przyłączami.

Zamawiający w dniu 27 lutego 2018 roku zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] o wyborze najkorzystniejszej oferty [REDAKTOWANE] która uzyskała 100 punktów. Oferta odwołującego i uzyskała 93,85 punktów.

Nie zgadzając się z powyższym, wskazani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 9 marca 2018 roku wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej jako: p.z.p.), poprzez wybranie oferty w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych;
2. naruszenie art. 22a ust. 2 i 3, 4 p.z.p. poprzez błędne ich zastosowanie i niewłaściwą ocenę oferty skutkującą uznaniem, że wykonawca [REDAKTOWANE] udowodniło fakt dysponowania zasobami osobowymi, w sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów na tą okoliczność;
3. naruszenie art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie wykonawcy [REDAKTOWANE] do wyjaśnienia wątpliwości i przedłożenia dokumentów potwierdzających fakt dysponowania osobą [REDAKTOWANE] – geodety, który będzie współrealizował zamówienie;
4. naruszenie art. 22a ust. 6 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie wykonawcy do zastąpienia osoby [REDAKTOWANE] innym podmiotem albo do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, w sytuacji, gdy [REDAKTOWANE] nie udowodniło faktu dysponowania tą osobą;
5. naruszenie art. 24 pkt. 16 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 12 p.z.p. poprzez go niezastosowanie w sytuacji, gdy [REDAKTOWANE]

[REDACTED] złożyło świadomie celowe nieprawdziwe oświadczenie o dysponowaniu osobą [REDACTED] i w konsekwencji niewykluczenie tego wykonawcy z postępowania ewentualnie naruszenie art. 24 pkt 17 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 12 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy [REDACTED]

[REDACTED] w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności złożyło nieprawdziwe oświadczenie o dysponowaniu osobą [REDACTED] i w konsekwencji niewykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

6. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p. oraz pkt. IX SIWZ ust. 1.2.2.3.2 przez wybór oferty [REDACTED] w [REDACTED], mimo iż oferent nie wykazał w swej ofercie, iż spełnia wymogi SIWZ w zakresie dysponowania osobą geodety.

Wskazując na powyższe uchybienia odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty [REDACTED] jako najkorzystniejszej w części dotyczącej zadania 3 przedmiotowego zamówienia;
2. wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 pkt 16 lub pkt 17 p.z.p. [REDACTED]
3. przeprowadzenia ponownej oceny złożonych ofert dotyczącej zadania nr 3 ww. zamówienia i wybór oferty najkorzystniejszej.
4. zasądzenie zwrotów kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa adwokackiego w kwocie 3.600,00 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty przystępującego, wezwania zamawiającego z dnia 5 lutego 2018 roku do złożenia dokumentów i odpowiedzi przystępującego z dnia 13 lutego 2018 roku na to wezwanie wraz z załączonymi dokumentami, wezwania zamawiającego z dnia 5 marca 2018 roku do uzupełnienia dokumentów i odpowiedzi przystępującego z dnia 8 marca 2018 roku na to wezwanie, oświadczenia [REDACTED] z dnia 3 marca 2018 roku, przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z dnia 12 marca 2018 roku, odpowiedzi na odwołanie odwołującego i

przystępującego z dnia 22 marca 2018 roku, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień oraz pism postanowiła odwołanie uwzględnić. Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., jednak nie stwierdziła naruszenia przez niego art. 22a ust. 2 i 3, 4, art. 24 ust. 1 pkt. 16 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 p.z.p. W ocenie Izby podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny, czy zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia przystępującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przetargowym oraz wykluczenia przystępującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu w warunkach winy kwalifikowanej przystępującego, tj. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa albo w warunkach zwykłej winy w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa.

W zakresie koniecznym do rozpoznania przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że zamawiający w pkt. IX SIWZ ust. 1.2.2.3.2 wymagał wykazania dysponowania odpowiednio przygotowanym zawodowo potencjałem osobowym, który skierowany będzie przez wykonawcę do realizacji zamówienia w osobie geodety posiadającego uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w dziedzinie geodezji i kartografii w zakresie geodezyjnych pomiarów sytuacyjno-wysokościowych, realizacyjnych i inwentaryzacyjnych. Biorąc pod uwagę powyższy warunek udziału w postępowaniu przetargowym, Izba stanęła na stanowisku, że zebrany w sprawie materiał dowodowy (*oświadczenie przystępującego z wykazu osób - załącznik nr 6 oraz oświadczenie [REDACTED] z dnia 3 marca 2018 roku*) wskazuje, że przystępujący złożył oświadczenie o dysponowaniu bezpośrednim geodetą [REDACTED] w okolicznościach tworzących u zamawiającego przekonanie, że osobą realizującą zamówienie w części czynności geodezyjnych będzie właśnie ta osoba, podczas gdy

ta osoba oświadczyła, że nie deklarowała wobec przystępującego udziału w zadaniu nr 3. Powyższego uznania Izby nie zmieniło w żaden sposób oświadczenie [REDAKTOWANE] z dnia 7 marca 2018 roku, że dotychczasowa korespondencja mailowa oraz rozmowy telefoniczne nie zawierały zastrzeżenia [REDAKTOWANE], że nie chce pełnić funkcji geodety, na którymś z zadań objętych powyższymi postępowaniami lub nie wyraża zgody na udostępnienie jego osoby w którymś z postępowań. Poza tym Izba wzięła również pod uwagę w kontekście powyższego stwierdzenia [REDAKTOWANE] dalszą część tego oświadczenia, że działała w przekonaniu, że telefoniczna zgoda do pełnienia funkcji geodety dla wszystkich zadań jest wiążąca. Według zapatrywania Izby oświadczenie [REDAKTOWANE] zawierało w sobie treść wskazującą na zachowanie dosyć naiwne w postaci, co najmniej lekkomyślności przy kontraktowaniu usług zapewniających realizację zamówienia publicznego, jak na przedstawiciela profesjonalnego obrotu zamówień publicznych. Przede wszystkim, [REDAKTOWANE] jako pełnomocnik przystępującego bezpodstawnie oczekiwała od [REDAKTOWANE] złożenia zastrzeżenia braku zgody na zawarcie umowy, zamiast uzyskać pisemne potwierdzenie jego woli oddania się do dyspozycji przystępującego. Natomiast, w dalszej części złożonego oświadczenia [REDAKTOWANE] stwierdziła, że zgoda została wyrażona, co pozostaje w kolizji ze stwierdzeniem o konieczności złożenia zastrzeżenia.

W ocenie Izby zarówno powyższe oświadczenie [REDAKTOWANE], jak i wydruki z połączeń telefonicznych, korespondencja mailowa, faktury za rozmowy telefoniczne, przesłane świadectwo nadania uprawnień zawodowych nie dowodzą okoliczności potwierdzającej zawarcie umowy na świadczenie usług geodezyjnych, czy wyrażenie zgody na dysponowanie osobą dla potrzeb realizacji przetargu. Izba przy tym uznała za zbędne przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków, jako, że strony i uczestnik nie zakwestionowały tych oświadczeń, lecz pomiędzy nimi istniał jedynie spór, co do okoliczności związanych z dążeniem do uzyskania przez przystępującego oświadczenia o oddaniu mu osoby [REDAKTOWANE] do dyspozycji w celu wykonania zamówienia publicznego. Oceniając powyższe oświadczenia, Izba przyjęła, że w sprawie tej, co najwyżej mogło dojść do prowadzenia telefonicznych negocjacji, które nie zakończyły się jakimkolwiek konsensem. Stosownie do art. 72 § 1 k.c. jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do

porozumienia, co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji. Z powyższych oświadczeń nie wynika, że doszło do jakichkolwiek ustaleń, w szczególności dotyczących wynagrodzenia, czasu realizacji umowy, jej zakresu przedmiotowego itp. Z tego powodu Izba nie mogła zaakceptować twierdzenia odwołującego, że ██████████ wyraził zgodę na dysponowanie jego osobą.

Zdaniem Izby złożone przez profesjonalnego wykonawcę w wykazie osób oświadczenie musi być obiektywnie weryfikowalne i nie może podlegać relatywizacji, co do możliwości dysponowania zasobem osobowym. Stosownie do art. 24 ust.1 pkt 17 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby przystępujący składając oświadczenie w wykazie osób dotyczącym geodety w sposób lekkomyślny wprowadził zamawiającego w błąd, co do osoby, która będzie realizowała zamówienie, pomimo braku upewnienia się czy osoba ta w rzeczywistości wyrazi zgodę na wykonywanie czynności geodety w tym przetargu. Izba przy tym uznała, że informacje te, jako związane z realizacją warunku udziału w postępowaniu mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Brak wskazania dysponowania odpowiednio przygotowanym potencjałem osobowym skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy, a szczególności w okolicznościach złożenia nieprawdziwego oświadczenia opartego na niesprawdzonej informacji. Idąc dalej, zdaniem Izby odwołujący nie udowodnił przesłanek z art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy p.z.p., który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Stan faktyczny wynikający ze złożonych oświadczeń nie dowodzi istnienia zachowania przystępującego w warunkach *dolus premeditatus*, a także rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu błędnych informacji.

Za niepotwierdzony Izba uznała również zarzut naruszenia art.22a ust. 2 i 3, 4 p.z.p. jako, że wykonawca w wykazie osób złożył oświadczenie o dysponowaniu bezpośrednim, a powyższe przepisy mają zastosowanie w sytuacji polegania wykonawcy na osobie trzeciej (dysponowanie pośrednie).

Za uzasadniony Izba uznała zarzut odwołującego naruszenia art.26 ust. 3 p.z.p. jako, że zamawiający powinien wyjaśnić kwestię związaną ze złożonym przez przystępującego oświadczeniem o dysponowaniu osobą [REDAKTOWANO] przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. W rozpoznawanej sprawie zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające dopiero w dniu 5 marca 2018 roku, to jest po czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W przekonaniu Izby przystępujący deklarując nieprawdziwe, niepotwierdzone informacje odnośnie dysponowania geodeta nie spełnił warunku udziału w przetargu, a zgodnie z art.24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ostatecznie, Izba nie przyjęła za udowodniony zarzut naruszenia przepisu art.89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jako, że odwołujący w tym zakresie nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji (*wyrok k. 39 – 40, uzasadnienie k. 41 – 46 akt sprawy o sygn. KIO 448/18*)

Skargę na powyższy wyrok wniósł wykonawca, [REDAKTOWANO]

[REDAKTOWANO] zaskarżając go w całości.

Skarżący zarzucił:

- I. naruszenie przepisów prawa procesowego, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:
 1. naruszenie art. 192 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, dalej „p.z.p.”) poprzez orzeczenie co do zarzutu, który nie był zawarty w odwołaniu, a mianowicie orzeczenie co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. i uznanie, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., mimo że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. nie był zawarty w odwołaniu;
 2. naruszenie art. 190 ust. 6 p.z.p. w związku z art. 190 ust. 1 zdanie 2 p.z.p. przez oddalenie wniosków dowodowych z zeznań świadków powołanych

przez skarżącego, mimo że fakty będące przedmiotem tych wniosków dowodowych nie zostały stwierdzone innymi dowodami oraz mimo że wnioski dowodowe skarżącego z zeznań świadków nie zostały powołane dla zwłoki;

3. naruszenie art. 190 ust. 3 p.z.p. w związku z art. 245 k.p.c. przez uznanie, że dokument prywatny jest dowodem tego, co zostało w nim oświadczone, a nie jedynie dowodem tego, że osoba, która dokument podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w tym dokumencie, a w konsekwencji dokonywanie ustaleń faktycznych w oparciu o dokumenty prywatne w odniesieniu do faktów wykraczających poza fakt złożenia oświadczenia określonej treści przez osobę, która dokument podpisała;
 4. naruszenie art. 196 ust. 4 p.z.p. przez zaniechanie zawarcia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie zaniechanie ustalenia faktów, które Izba uznała za udowodnione, w powiązaniu z precyzyjnym wskazaniem dowodów, które były podstawą do ich ustalenia;
 5. naruszenie art. 190 ust. 7 p.z.p. przez dokonanie oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego z naruszeniem reguł logiki formalnej;
- II. naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, a mianowicie:
6. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że:
 - i. niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może polegać na „deklaracji nieprawdziwych, niepotwierdzonych informacji”, podczas gdy wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. przez samo przedstawienie wymaganych informacji (tj. oświadczeń i dokumentów w rozumieniu art. 25 ust 1 i 2 p.z.p.), bez względu na to, czy informacje te są prawdziwe i potwierdzone, ponieważ art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. odnosi się jedynie do formalnego wymogu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez przedłożenie oświadczeń i dokumentów w rozumieniu art. 25 ust 1 i 2 p.z.p., a nie wymogu wykazania materialnej prawdziwości

- spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. prawdziwości faktów, do których odnoszą się oświadczenia i dokumenty w rozumieniu art. 25 ust 1 i 2 p.z.p.;
- ii. spoczywający na wykonawcy ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia polega na wykazaniu prawdy materialnej odnoszącej się do faktu spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. polega jedynie na formalnym przedstawieniu oświadczeń i dokumentów w rozumieniu art. 25 ust 1 i 2 p.z.p. bez konieczności wykazywania materialnej prawdziwości faktów, do których odnoszą się te oświadczenia i dokumenty;
7. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. przez niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i uznaniu, że skarżący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, mimo że:
- i. ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, nie obejmuje ustalenia faktu negatywnego koniecznego do zastosowywania art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., a mianowicie faktu, że skarżący nie przedstawił zamawiającemu wymaganych przez niego oświadczeń i dokumentów w rozumieniu art. 25 ust 1 i 2 p.z.p., a także, mimo że;
 - ii. ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, obejmuje wyraźne ustalenie faktu pozytywnego, że skarżący przedstawił zamawiającemu „wykaz osób - załącznik nr 6”, co wypełnia wymóg wykazania przez skarżącego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w związku z art. 25 ust 1 i 2 p.z.p. w zakresie kwestionowanym w odwołaniu;
8. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. przez niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i uznaniu, że Skarżący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez to, że złożone przez skarżącego oświadczenie o dysponowaniu geodetą w osobie Grzegorza Zaremby nie było „obiektywnie weryfikowalne” oraz mogło

„podlegać relatywizacji, co do możliwości dysponowania zasobem osobowym”, mimo że:

- i. złożone przez skarżącego wykaz osób (załącznik nr 6 do SIWZ - pismo przewodnie z dnia 13 lutego 2018 r. wraz z odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 1 p.z.p.) zawiera obiektywnie weryfikowalne oświadczenie skarżącego o dysponowaniu bezpośrednim osobą geodety [REDAKTOWANE], które nie podlega relatywizacji co do możliwości dysponowania jego osobą, a ponadto
 - iii. nawet, gdy powyższe oświadczenie skarżącego nie było „obiektywnie weryfikowalne” oraz gdyby „podlegało relatywizacji” co do możliwości dysponowania panem [REDAKTOWANE], wówczas tego typu wadliwość oświadczenia powinna być - przed wykluczeniem skarżącego - przedmiotem precyzyjnego wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. wskazującego wyraźnie na określoną niekompletność, błąd lub wątpliwość, podczas gdy takie wezwanie przez zamawiającego nie miało miejsca, a jedynie wezwanie, które skarżący otrzymał od zamawiającego w powyższym kontekście, tj. wezwanie z dnia 5 marca 2018 roku, wzywało skarżącego do „przedstawienia dowodów poświadczającego dysponowanie potencjałem osobowym w zakresie osoby na stanowisku geodety”, do czego zamawiający nie miał prawa, gdyż zgodnie z art. 25 ust. 1 i 2 p.z.p. zamawiający nie może domagać się od wykonawcy oświadczeń i dokumentów innych niż wskazane w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 p.z.p., a w szczególności nie może domagać się w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. dowodu prawdy faktu dysponowania potencjałem osobowym;
9. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. przez niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i uznaniu, że skarżący lekkomyślnie przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mimo że ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, nie obejmuje ustalenia faktów niezbędnych do uznania, że skarżący lekkomyślnie przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a w szczególności uznanie, że „przystępujący, składając oświadczenie w wykazie osób dotyczącym geodety w sposób lekkomyślny wprowadził

zamawiającego w błąd, co do osoby, która będzie realizowała zamówienie, pomimo braku upewnienia się, czy osoba ta w rzeczywistości wyrazi zgodę na wykonanie czynności geodety w tym przetargu”, mimo iż konieczne do tego fakty nie zostały ustalone, gdyż:

- i. ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, nie obejmuje ustalenia faktu negatywnego, że osoba, która w imieniu skarżącego składała oświadczenie w wykazie osób dotyczące geodety „nie upewniała się” co do wyrażenia zgody przez geodetę,
 - ii. ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, nie obejmuje ustalenia faktu negatywnego, że „geodeta nie wyrażał zgody” na wykonywanie czynności geodety;
 - iii. ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, obejmuje jedynie ustalenie, że geodeta „oświadczył, że nie deklarował wobec przystępującego udziału w zadaniu nr 3”, co nie jest równoznaczne z ustaleniem faktu, że geodeta „nie deklarował” takiego udziału;
 - iv. ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, nie obejmuje ustalenia jakichkolwiek faktów, na podstawie których możliwe byłoby uznanie, że zamawiający został wprowadzony w błąd, a mianowicie nie obejmuje ustalenia faktów stanowiących opis rzeczywistego stanu rzeczy, który jest stanem porównawczym dla ustalenia błędu, a więc stanu sprzeczności z faktami;
 - v. ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, nie obejmuje ustalenia jakichkolwiek faktów, na podstawie których możliwe byłoby uznanie, że skarżący zachowywał się w taki sposób, iż można przypisać mu lekkomyślność w odniesieniu do wprowadzenia zamawiającego w błąd;
10. naruszenie art. 26 ust. 3 p.z.p. przez niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i uznaniu, że „zamawiający powinien wyjaśnić kwestię związaną ze złożonym przez przystępującego oświadczeniem o dysponowaniu osobą [REDAKTOWANE] przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty”, mimo że nie istniały podstawy do wzywania skarżącego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.;

11. naruszenie art. 24 ust. 9 p.z.p. w związku z art. 24 ust. 8 zdanie 1 i 2 p.z.p. w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez niewłaściwe zastosowanie polegające na ich niezastosowaniu i zaniechaniu uznania, że skarżący jako wykonawca nie podlega wykluczeniu, mimo iż Zamawiający uwzględniając wagę i szczegóły okoliczności czynu skarżącego uznał za wystarczające dowody przedstawione przez skarżącego, o których mowa w art. 24 ust. 8 p.z.p., tj. że (i) Skarżący wyczerpująco przedstawił stan faktyczny, (ii) podjął środki wystarczające do wykazania jego rzetelności, (iii) brak było wyrządzenia jakiegokolwiek szkody, (iv) nie doszło do przestępstwa ani przestępstwa skarbowego, a w konsekwencji zastosowanie sankcji wykluczenia, mimo iż sankcja ta jest rażąco nieproporcjonalna w okolicznościach niniejszej sprawy;
12. naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i uznaniu, że Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, mimo że ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, nie obejmuje ustalenia jakichkolwiek faktów przemawiających za uznaniem, że zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
13. naruszenie art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i uznaniu, że przystępujący został wybrany przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy, mimo że ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, nie obejmuje ustaleń faktycznych świadczących o tym, że przystępujący jako wykonawca został wybrany przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, a ponadto nakazanie

zamawiającemu unieważnienia jego czynności z dnia 29 marca 2018 roku, tj. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia skarżącego jako wykonawcy oraz przystąpienia do powtórzenia czynności badania i oceny ofert (nr postępowania MZ/JA/5324/17). Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych, a ewentualnie, na wypadek oddalenia wniosku o zasądzenie kosztów od odwołującego, zasądzenie kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych od zamawiającego.

Jednocześnie skarżący wniósł na podstawie art. 198a ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 380 k.p.c. o rozpoznanie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej wydanego na rozprawie w dniu 23 marca 2018 roku, na mocy którego Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła „oddalić wnioski dowodowe z przesłuchań świadków wskazanych przez przystępującego i odwołującego mając na uwadze, że zebrany w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy”, oraz zmianę tego postanowienia poprzez dopuszczenie dowodów z zeznań świadków powołanych przez skarżącego na okoliczności wskazane w odpowiedzi skarżącego na odwołanie (*skarga k. 4 – 44*).

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 22 czerwca 2018 roku skarżący rozszerzył wniosek skargi w ten sposób, że wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie jego czynności z dnia 18 czerwca 2018 roku, to jest czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wniósł o oddalenie wniosków dowodowych odwołującego z uwagi na ich spóźnienie (protokół rozprawy apelacyjnej k.95).

W odpowiedzi na skargę odwołujący wniósł o oddalenie skargi, zasądzenie od skarżącego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych. Ponadto w przypadku uwzględnienia wniosku skarżącego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka [REDAKTOWANE] na okoliczność wzajemnych kontaktów świadka oraz skarżącego w zakresie deklarowania albo niedeklarowania współpracy, jako geodeta ze skarżącą, przy realizacji zamówienia – zadania nr 3 ogłoszenia [REDAKTOWANE] z wcześniejszych kontaktów ze skarżącą

w zakresie wspólnej współpracy oraz sposobu ustalania współpracy przy wcześniejszych zleceniach (odpowiedź na skargę k. 71 – 78).

Na rozprawie dnia 22 czerwca 2018 roku zamawiający wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania skargowego (protokół rozprawy z dnia 22 czerwca 2018 roku k. 95)

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga wykonawcy, [REDAKTOWANE], ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANE], okazała się niezasadna.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTOWANE] ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] nie naruszyła przepisów prawa, w tym w szczególności ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579, ze zm.; dalej jako: p.z.p.). Izba dokonała prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne.

Na wstępie należy podkreślić, że istotą rozpoznania środków zaskarżenia w trybie przepisów p.z.p. jest rozstrzygnięcie przez sąd, czy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie takich czynności, do których jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, są niezgodne z przepisami tej ustawy.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzuty sformułowane przez skarżącego okazały się bezzasadne i nie mogły prowadzić do zmiany zgodnego z prawem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 192 ust. 7 p.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jednak nie oznacza to, że zakres zarzutów wyznaczają tylko

11. naruszenie art. 24 ust. 9 p.z.p. w związku z art. 24 ust. 8 zdanie 1 i 2 p.z.p. w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przez niewłaściwe zastosowanie polegające na ich niezastosowaniu i zaniechaniu uznania, że skarżący jako wykonawca nie podlega wykluczeniu, mimo iż Zamawiający uwzględniając wagę i szczególnie okoliczności czynu skarżącego uznał za wystarczające dowody przedstawione przez skarżącego, o których mowa w art. 24 ust. 8 p.z.p., tj. że (i) Skarżący wyczerpująco przedstawił stan faktyczny, (ii) podjął środki wystarczające do wykazania jego rzetelności, (iii) brak było wyrządzenia jakiegokolwiek szkody, (iv) nie doszło do przestępstwa ani przestępstwa skarbowego, a w konsekwencji zastosowanie sankcji wykluczenia, mimo iż sankcja ta jest rażąco nieproporcjonalna w okolicznościach niniejszej sprawy;
12. naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i uznaniu, że Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, mimo że ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, nie obejmuje ustalenia jakichkolwiek faktów przemawiającym za uznaniem, że zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
13. naruszenie art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i uznaniu, że przystępujący został wybrany przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy, mimo że ustalony stan faktyczny, na którym oparty jest zaskarżony wyrok, nie obejmuje ustaleń faktycznych świadczących o tym, że przystępujący jako wykonawca został wybrany przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, a ponadto nakazanie

sprawy. Warto jednak zauważyć, że choć podobnie jak postępowaniu cywilnym strona posiada uprawnienia w zakresie inicjatywy dowodowej aż do zamknięcia rozprawy, to jednak odrębnie zostały uregulowane okoliczności uzasadniające odmowę przeprowadzenia dowodów. Wobec powyższego zdaniem Sądu Okręgowego niedopuszczalne jest analogiczne stosowanie zasad gromadzenia dowodów w postępowaniu cywilnym w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W niniejszej sprawie wykonawca wnosił o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków [REDAKTOWANE] i oraz [REDAKTOWANE] na okoliczność kontaktowania się wykonawcy z [REDAKTOWANE] w sprawie uzyskania jego zgody na świadczenie usług geodety dla zadania nr 3 oraz innych zadań objętych postępowaniami ogłaszanymi przez zamawiającego; uzyskania przez wykonawcę zgody na świadczenie usług geodety dla zadania nr 3 oraz innych zadań objętych postępowaniami ogłaszanymi przez zamawiającego; zawarcia przez wykonawcę z [REDAKTOWANE] ustnej umowy na świadczenie usług geodety dla zadania nr 3 oraz innych zadań objętych postępowaniami ogłaszanymi przez zamawiającego. Przy czym należy podkreślić, że tę samą tezę dowodową wykonawca wskazał dla dowodów z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z zeznań świadków uznając, że jest ono zbędne. Żaden z uczestników postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą nie kwestionował, bowiem dowodów w postaci dokumentów prywatnych z oświadczeń złożonych przez [REDAKTOWANE], a także [REDAKTOWANE]. W ocenie Sądu Okręgowego wystarczającym dla ustalenia wszelkich okoliczności sprawy były, zatem dowody z tych dokumentów, które w przypadku wykonawcy były powołane na tożsame okoliczności faktyczne, co dowody z zeznań świadków. Tym samym odmowę przeprowadzenia dowodów uzasadniało stwierdzenie okoliczności faktycznych innymi dowodami zgodnie z art. 190 ust. 6 p.z.p. W konsekwencji w ocenie Sądu Okręgowego postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej odmawiające przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków jest prawidłowe i odpowiada prawu. Warto jednak zaznaczyć, że nawet gdyby z przedmiotowych dowodów z zeznań świadków wynikały okoliczności przeciwne, to nie stanowiłyby wyłącznej podstawy ustaleń faktycznych. Wówczas niewątpliwie istotny wpływ na ocenę całokształtu

materiału dowodowego miałyby te okoliczności faktyczne wynikające z dokumentów zaofiarowanych tak przez odwołującego jak i przez wykonawcę.

Chybiony okazał się także zarzut naruszenia art. 190 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 245 k.p.c. Zgodnie z art. 245 k.p.c. dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Dokumenty prywatne nie korzystają z domniemania zgodności z prawdą oświadczeń w nich zawartych, ale poza domniemaniem autentyczności korzystają także z domniemania wyłączającego potrzebę dowodu, że osoba, która dokument podpisała, złożyła zawarte w nim oświadczenie. W przedmiotowej sprawie odwołujący złożył wraz z odwołaniem odpis oświadczenia [REDAKTION] z dnia 3 marca 2018 roku. [REDAKTION] oświadczył, że nie deklaruje wobec wykonawcy, [REDAKTION] w [REDAKTION] udziału w zadaniu nr 3: modernizacja wodnej sieci ciepłowniczej od K-4116 os. [REDAKTION] „EF” wraz z przyłączami – etap 1 od K-4116 do K-4 wraz z przyłączami. Żaden z uczestników nie kwestionował prawdziwości i autentyczności tego dokumentu. W ocenie Sądu Okręgowego w pełni uprawnione były ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie treści złożonego oświadczenia. Wprawdzie nie korzysta ono z domniemania prawdziwości w zakresie treści, ale po dokonaniu oceny całokształtu materiału dowodowego może stanowić podstawę ustaleń faktycznych. Przedstawione przez wykonawcę dowody z dokumentów pozwoliły na ustalenie braku uzyskania przez wykonawcę jednoznacznego oświadczenia [REDAKTION] w zakresie jego udziału w realizacji zadania objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega, bowiem wątpliwości, że prowadzone rozmowy miały jedynie charakter wstępny, a pracownik wykonawcy wyciągnął zbyt pochopne wnioski z braku odmowy udziału w realizacji zamówienia przez [REDAKTION]. Zestawiając powyższe okoliczności faktyczne po dokonaniu oceny całokształtu materiału dowodowego trafnie Izba ustaliła, że [REDAKTION] nie zadeklarował udziału w zadaniu nr 3: modernizacja wodnej sieci ciepłowniczej od K-4116 os. [REDAKTION] „EF” wraz z przyłączami – etap 1 od K-4116 do K-4 wraz z przyłączami.

W konsekwencji niezasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 190 ust. 7 p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza dokonując oceny całokształtu materiału dowodowego w sprawie ustaliła okoliczności faktyczne stanowiące podstawę rozstrzygnięcia. Izba wyprowadziła wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym z całości materiału dowodowego. Argumentacja skarżącego jest jedynie nieuzasadnioną polemiką. Skarżący nie wykazał, bowiem, aby wnioski wyprowadzone przez Izbę były w świetle zasad doświadczenia życiowego i budowy sylogizmów niemożliwe.

Chybiony jest również zarzut naruszenia art. 196 ust. 4 p.z.p. Zgodnie z art. 196 ust. 4 p.z.p. uzasadnienie wyroku zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W ocenie Sądu Okręgowego uzasadnienie zaskarżonego rozstrzygnięcia spełnia kryteria określone we wskazanym przepisie. Należy jednak podkreślić, że pewne wady uzasadnienia nie mogą czynić zasadnym podniesionego przez skarżącego zarzutu. Zarzut naruszenia cytowanego przepisu może być usprawiedliwiony tylko w wyjątkowych okolicznościach, w których treść uzasadnienia orzeczenia uniemożliwia dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia lub w przypadku zastosowania prawa materialnego do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Izba wyczerpująco uzasadniła przyjęte stanowisko.

Przechodząc do zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego biorąc pod uwagę, że żaden z zarzutów naruszenia prawa procesowego nie okazał się trafny, należy odnieść się do zasadniczej podstawy rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, tj. art. 24 ust. 17 p.z.p. Zgodnie z art. 24 ust. 17 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykluczenie wykonawcy na podstawie cytowanego przepisu może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych

przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu, o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenia zamówienia. Wskazany przepis ma na celu ochronę uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz sprzyja wykonawcom zachowującym należyłą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie w świetle dokonanych przez Krajową Izbę Odwoławczą ustaleń faktycznych wykonawca wprowadził w błąd zamawiającego poprzez złożenie nieprawdziwej deklaracji o dysponowaniu uprawnionym geodetą, [REDAKTOWANE], w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co uzasadniało jego wykluczenie. W ocenie Sądu Okręgowego okoliczności faktyczne ustalone w niniejszej sprawie uzasadniały zastosowanie cytowanego przepisu. Argumentacja skarżącego w tym zakresie ponownie zmierza do zakwestionowania ustaleń faktycznych, co mogłoby mieć ewentualnie wpływ na ocenę prawną sprawy. Jednakże niezasadność zarzutów prawa procesowego ostatecznie przesądza o prawidłowym zastosowaniu wskazanego przepisu.

Jednocześnie chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. W ocenie Sądu Okręgowego istotą naruszenia tego przepisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest fakt przedstawienia niewystarczającej dokumentacji wykazujących spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Załączenie samego wykazu osób wraz z dokumentami poświadczającymi ich uprawnienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego nie jest wystarczające. Wydaje się racjonalne i konieczne dysponowanie przez wykonawcę oświadczenia osoby wskazanej w wykazie, zawierającego deklarację uczestnictwa w realizacji danego zamówienia, na wypadek chociażby konieczności wykazania, na żądanie zamawiającego, spełnienia określonych kryteriów.

W konsekwencji niezasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. Zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p. jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających

okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W świetle cytowanego przepisu zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia oferty złożonej przez skarżącego w zakresie wykazania dysponowania określonymi osobami do realizacji zamówienia. Wprawdzie zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia tych okoliczności, ale nastąpiło to po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym działania zamawiającego należało ocenić, jako spóźnione i niemogące mieć wpływu na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie odwołania. Wobec powyższego słusznie Izba uznała za trafny zarzut naruszenia powyższych przepisów przez zamawiającego.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 9 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 8 zd. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 24 ust. 9 p.z.p. wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 8 p.z.p. wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Zgodnie z cytowanymi przepisami tylko w przypadku zastosowanej w przedmiotowej sprawie przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt. 17 p.z.p. mogła być zastosowana procedura samooczyszczenia. Tym samym skoro w

odniesieniu do przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p., wskazanej przez Krajową Izbę Odwoławczą, nie może mieć zastosowania, ten zarzut nie może prowadzić do zmiany zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Należy jednak zauważyć, że nie ma podstaw do uwzględnienia tego zarzutu także w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. W ocenie Sądu Okręgowego samooczyszczenie wykonawcy powinno nastąpić przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. Jakakolwiek próba następczej weryfikacji przesłanek wykluczenia podważa, bowiem prawidłowość przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty nie posiadając odpowiednich informacji, to taka decyzja nie odpowiada wymogom wynikającym z przepisów prawa.

Biorąc zaś pod uwagę uchybienia zamawiającego w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie niezasadne okazały się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe na podstawie art. 198f ust. 2 zdanie 1 p.z.p. Sąd Okręgowy oddalił skargę jako bezzasadną.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy oparł na art. 198f ust. 5 p.z.p. uwzględniając dyspozycje art. 98 § 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 p.z.p.; oraz art. 98 § 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 p.z.p. Skarżący przegrał postępowanie skargowe i powinien zwrócić koszty poniesione przez pozostałych uczestników postępowania, zamawiającego oraz odwołującego, w kwocie po 1.200,00 zł na rzecz każdego z nich, stanowiącej wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika ustalone: w przypadku zamawiającego na podstawie § 8 ust. 1 pkt. 4 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 265); a w przypadku odwołującego na podstawie § 8 ust. 1 pkt. 4 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2015 roku, poz. 1800, z późn. zm.). Sąd Okręgowy nie uwzględnił wniosku pełnomocnika odwołującego

oraz pełnomocnika zamawiającego o zwrot wydatków poniesionych w związku ze stawiennictwem na rozprawie dnia 22 czerwca 2018 roku w Sądzie Okręgowym w Łodzi z uwagi na ich niewykazanie (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2016 roku, sygn. akt III CZP 26/16, OSNC 2017, Nr 5, poz. 54).

Iwona Godlewska

Jarosław Pawlak

Bartosz Kaźmierak



Na oryginalne właściwe podpisy
za zgodność świadczy:

[Handwritten signature]
Sędziya
Bartosz Chotkowski