

Sygn. akt KIO/UZP 766/09

WYROK
z dnia 2 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Anna Majstrowicz
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Menadżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Sp. j., Al. Jerozolimskie 44, 00 – 024 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Piłę, Pl. Staszica 10, 64 – 920 Piła** protestu z dnia **14 maja 2009 r.**

przy udziale **Konsorcjum: Lafrentz – Polska Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Zbąszyńskiej 29, 60 - 359 Poznań (Lider), Grontmij Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego się wykonawcy

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Piłę, Pl. Staszica 10, 64 – 920 Piła**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Menadżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Sp. j., Al. Jerozolimskie 44, 00 – 024 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Piłę, Pl. Staszica 10, 64 – 920 Piła** na rzecz **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Menadżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Sp. j., Al. Jerozolimskie 44, 00 – 024 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ECM Group Polska Sp. z o.o., Menadżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski Sp. j., Al. Jerozolimskie 44, 00 – 024 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a przedmiotem zamówienia jest "Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji przedsięwzięcia „Nowe połączenie drogi krajowej nr 11 i wojewódzkiej nr 188 ostatni odcinek obwodnicy m. Piły”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem TED-70051-2009 w dniu 11.03.2009 r. Również specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona na stronie internetowej – zgodnie z wymaganiami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.).

Zamawiającym w tym postępowaniu jest Gmina Piła, a odwołującym się Wykonawcą jest Konsorcjum firm: ECM Group Polska sp. z o.o. [lider Konsorcjum] oraz Menadżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski spółka jawna z siedzibą w Pszczynie [Wykonawca], a odwołanie zostało wniesione od oddalenia protestu Wykonawcy.

Odwołujący się Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy PZP w zakresie:

- 1) art. 7 ust.1 i 3, art. 22 ust.1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art.24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych -polegające na niezasadnym wykluczeniu Odwołującego;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. ust. 3 ustawy Pzp - polegające na braku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w przypadku nieuwzględnienia zarzutów protestu odnośnie wykluczenia Odwołującego;
- 3) art. 180 ust. 7 w zw. z art. 181 ust. 5 ustawy Pzp - polegające na rozpatrzeniu zarzutów Przystępującego - konsorcjum firm: Lafrentz -Polska sp. z o.o. i Grontmij Polska sp. z o.o. w zakresie dotyczącym osoby Pana Andrzeja M., mimo że przystąpienie w tym zakresie powinno zostać potraktowane jako samodzielny protest, który jako wniesiony po terminie podlegał odrzuceniu.

Wykonawca jednocześnie wskazał, że jego interes prawny został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta odwołującego się, jako najtańsza, jest w niniejszym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą i wykluczenie odwołującego się z postępowania, pozbawia go możliwości uzyskania niniejszego zamówienia.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej; 2) unieważnienia czynności wykluczenia Wkonawcy; 3) nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. W uzasadnieniu odwołania podniósł, iż w dniu 06 maja 2009 roku Zamawiający - Gmina Piła, poinformował odwołującego się o dokonaniu oceny ofert, wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu Wykonawcy z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta konsorcjum firm: Lafrenz-Polska Sp. z o.o. oraz Grontmij Polska Sp. z o.o. z ceną 1.235.684,05 zł. Jak podał zamawiający odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 24 ust. 3 i 4 pzp, "gdyż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału zamówienia". W związku z tym, oferta odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp została uznana za odrzuconą.

Z dokumentacji sprawy wynika, że Zamawiający w piśmie z dnia 6 maja 2009 r. [Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty] powiadomił o wykluczeniu Konsorcjum

firm: Lider - ECM GROUP Polska sp. z o.o. oraz Partner - Menadżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski spółka jawna, z przedmiotowego postępowania. W uzasadnieniu wykluczenia - podał, że wezwał odwołującego się do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie dotyczyło m.in. uzupełnienia załącznika nr 4a "Szczegółowy opis doświadczenia zawodowego" dla Pani Zofii de M. o czytelny podpis i datę. Zdaniem Zamawiającego, dokument przekazany przez Wykonawcę w wykonaniu wezwania do uzupełnienia, zawiera treść odmienną od pierwotnej, gdyż pierwotnie z załącznika wynikało, że Pani Zofia de M. od 05.2008 do "nadal" pracuje dla lidera konsorcjum ECM Group Polska Sp. z o.o.. na stanowisku inspektora ds. zieleni, a po uzupełnieniu, że osoba ta od 09.2008 do "obecnie" prowadzi własną działalność gospodarczą. W ocenie Zamawiającego rozbieżność ta świadczy o podaniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Dodatkowo wskazał, iż przy takim uzupełnieniu dokumentu, należało dołączyć, zgodnie z zapisami części III pkt 2 ppkt IIa SIWZ, pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Brak takiego pisemnego zobowiązania, co do Pani Zofii de M., zdaniem Zamawiającego, wskazuje, iż odwołujący się nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, określonego w części III pkt 1 ppkt 1.1 ppkt 3) SIWZ oraz nie załączył, zgodnie z zapisami części III pkt 2 ppkt IIa SIWZ "dokumentu wymaganego dla osoby inspektora ds. zieleni".

W proteście, wniesionym w piśmie z dnia 11 maja 2009 r., podobnie w odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 3 czerwca 2009 r., Wykonawca wskazał, że niezasadny jest zarzut braku zobowiązania Pani Zofii de M. do udostępnienia jej, jako osoby zdolnej do wykonania zamówienia, gdyż w ocenie Wykonawcy:

Po pierwsze, za takie zobowiązanie może być uznany załącznik nr 4a, podpisany przez Panią Zofię de M., bowiem żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawiera szczególnych wymogów, co do treści oświadczenia innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wymagana jest jedynie forma pisemna, która została przez odwołującego się zachowana. Podpisując, bowiem załącznik nr 4a, gdzie w nagłówku wskazano postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego oświadczenie dotyczy, Pani Zofia de M. zobowiązała się do udziału w tym postępowaniu.

Po drugie, nawet gdyby uznać, że załącznik nr 4a, podpisany przez Panią Zofię de M., nie stanowi zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia jej osoby, to z faktu podpisania go przez Panią Zofię de M. na prośbę Wykonawcy wynika, że nią dysponuje. Tu Odwołujący, porównał tę sytuację do złożenia deklaracji współpracy, które w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej są uznawane za dowód dysponowania przez wykonawcę

osobami, które podpisały deklaracje (tak KIO w wyroku z dnia 29 kwietnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 485/09).

Po trzecie, odwołujący się wykazał, że żądanie do przedstawienia zobowiązania dotyczącego osoby inspektora ds. zieleni jest bezpodstawne, gdyż wymóg nie dotyczy osób, którymi wykonawca już dysponuje. Zgodnie z częścią III pkt 2 ppkt IIa SIWZ pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia należało przedstawić jedynie wtedy, gdy w wykazie osób wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował. Odwołujący się dysponuje osobą Pani Zofii de M. z racji współpracy przy inwestycji "Budowa obwodnicy m. Wyrzysk w ciągu drogi krajowej nr 10 Piła - Bydgoszcz". Odwołujący jest wykonawcą tej inwestycji, a Pani Zofia de M. pełni z jego ramienia i na podstawie łączącej ich umowy funkcję inspektora nadzoru ds. zieleni. Do września 2008 roku współpraca odbywała się na podstawie umowy zlecenia, a podstawę płatności stanowiły rachunki wystawiane przez zleceniobiorcę. We wrześniu 2008 r. Pani Zofia de M. założyła własną działalność gospodarczą, a łącząca ją z odwołującym się umowa zmieniła się o tyle, że zamiast rachunków zleceniobiorca wystawia faktury. Ta umowa nie została rozwiązana, nie został również zmieniony jej zakres.

Po czwarte, odwołujący się w proteście dowiódł, że złożenie samego wykazu osób, przy braku dowodu przeciwnego, świadczy o dysponowaniu wskazanymi osobami. Na potwierdzenie, odwołujący się przytoczył wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r. w sprawie o sygn. KIO/UZP 277/09, w którym Izba rozstrzygnęła tę kwestię następująco: "Należy zwrócić uwagę, że w celu potwierdzenia spornego warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest złożyć przedmiotowy wykaz osób. W istocie wykaz ten stanowi oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu odpowiednim potencjałem kadrowym. Jeśli zaś wykonawca nie dysponuje wymaganym zespołem osób, zobowiązany jest złożyć oświadczenie innych podmiotów o udostępnieniu potencjału kadrowego. W tym względzie istotny jest również fakt, że w celu potwierdzenia spełniania warunku, w przedmiocie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający może żądać jedynie wykazu osób lub pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia tych osób na podstawie §1 ust. 2 pkt 5 i 5a powoływanego rozporządzenia. Zakres oświadczeń składanych na tę okoliczność określa sam wykonawca. Wykonawca bowiem ocenia, którymi osobami dysponuje, a które pozostają w dyspozycji innych osób i którymi może się, co prawda posłużyć w celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku, ale w stosunku do których powinien złożyć zobowiązanie. Zakwestionowanie faktu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest możliwe poprzez przedstawienie dowodu przeciwnego do oświadczenia złożonego przez wykonawcę".

Odwołujący się zakwestionował również jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp tj. jakoby z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik

postępowania. Zdaniem Wykonawcy, przedkładając uzupełniony załącznik nr 4a odnośnie Pani Zofii de M., nie złożył nieprawdziwych informacji. Różnica pomiędzy poprzednim, a uzupełnionym wykazem polega na uzupełnieniu treści wykazu o informację, że od września 2008 r. Pani Zofia de M. prowadzi własną działalność gospodarczą. W jego ocenie, równie dobrze i zgodnie z prawdą mogłaby pozostać niezmieniona informacja o tym, że osoba ta od maja 2008 r. do "nadal" zajmuje stanowisko inspektora ds. zieleni w ECM Group Polska Sp. z o.o. Tak jest w istocie, różnica polega tylko na formie prowadzenia działalności przez Panią Zofię de M., natomiast współpraca z ECM Group Polska Sp. z o.o. odbywa się nadal na takich samych zasadach. Zwrócił dodatkowo uwagę, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi o wykluczeniu jedynie wtedy, gdy nieprawdziwe informacje mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Taka sytuacja ma miejsce wtedy, gdy wykonawca celowo wprowadza zamawiającego w błąd, chcąc np. dowieść spełniania warunku. Drobne nieścisłości, pomyłki, różnice wynikające z uzupełniania dokumentów i uściślenia ich treści, nie przesądzają o złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Podniósł także, że nawet gdyby uznać powyższe wyjaśnienia odnośnie spełniania warunku za niewystarczające, Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia brakującego pisemnego oświadczenia innego podmiotu o udostępnieniu osoby inspektora ds. zieleni. Do uzupełnienia takiego dokumentu Wykonawca nie był jeszcze wzywany. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jednokrotność wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń dotyczy poszczególnego dokumentu lub oświadczenia. Potwierdza to chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2008 r. w sprawie KIO/UZP 827/08, w którym Izba orzekła, że "Jednorazowość wezwania do uzupełnienia dokumentu odnosi się nie do wszystkich dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, ale do poszczególnego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu". Zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów z dnia 24 kwietnia 2009 r. szczegółowo wskazywał, na czym polegają braki poszczególnych dokumentów. Wzywał m.in. do przedłożenia pisemnych zobowiązań innego podmiotu do udostępniania imiennie wskazanych osób. Nie wzywał w tym wezwaniu do przedłożenia pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia Pani Zofii de M.. Wobec tego obecnie ma obowiązek wezwać do uzupełnienia tego dokumentu, jakkolwiek Odwołujący stoi na stanowisku, że takie wezwanie jest niepotrzebne z uwagi na to, że przedłożone dokumenty, w szczególności załącznik nr 4a odnośnie inspektora ds. zieleni wskazują, że Pani Zofia de M. jest osobą, którą Odwołujący obecnie dysponuje, nie ma więc obowiązku składania zobowiązania innego podmiotu do jej udostępnienia.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez konsorcjum firm: Lafrentz - Polska Sp. z o.o. i Grontmij Polska Sp. z o.o. (dalej: konsorcjum lub konsorcjum LAFRENTZ, albo Przystępujący) w przystąpieniu [zgłoszenie w piśmie z dnia 22 maja 2009 r.] do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, Wykonawca, podniósł, iż w tym przystąpieniu konsorcjum LAFRENTZ jako swój podstawowy zarzut oparło na przekonaniu, że dysponowanie osobą może mieć miejsce tylko i wyłącznie w oparciu o umowę o pracę, oraz zgłosiło zarzuty odnośnie oferty odwołującego, nie będące w ogóle przedmiotem protestu ECM. Dotyczą one bowiem osoby Pana Andrzeja M., wskazanego na stanowisko Koordynatora Zespołu Inspektorów Nadzoru. Ponieważ zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało doręczone wykonawcom w dniu 6 maja 2009 r., termin na wniesienie protestów na tę czynność upłynął w dniu 16 maja 2009 r. Przystąpienie do postępowania protestacyjnego, które w zakresie zarzutów dotyczących Pana Andrzeja M. powinno być traktowane jako odrębny protest, zostało wniesione w dniu 22 maja 2009 r., a więc po terminie na wniesienie protestu. Zamawiający winien był więc, zgodnie z art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, odrzucić taki protest. Dalej wskazał, iż w tym konkretnym przypadku, wykluczając niezasadnie odwołującego się z udziału w postępowaniu, Zamawiający naruszył zasadę z art. 7 ust. 3 Pzp, polegającą na nakazie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy oraz zasadę równego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 3 Pzp, oraz podniósł, iż Zamawiający i Przystępujący błędnie założyli, że w pierwotnie złożonym załączniku nr 4a, dotyczącym Pani Zofii de M., Odwołujący oświadczył, że osoba ta była jego pracownikiem. Następnie, uzupełniając załącznik 4a, zmienił tę informację oświadczając, że od września 2008 r. do chwili obecnej prowadzi własną działalność gospodarczą. W ocenie Wykonawcy oparcie twierdzenia na tych okolicznościach, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji, celowo wprowadzających Zamawiającego w błąd, aby uzyskać zamówienie jest z gruntu nieprawidłowe i nie opiera się na logicznym rozumowaniu. Świadczy przy tym o niezrozumieniu pojęć "dysponowania osobą" i "złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania" na gruncie Prawa zamówień publicznych. Uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż z załącznika nr 4a nie można wyprowadzać wniosku o istnieniu stosunku pracy pomiędzy firmą ECM Group Polska Sp. z o.o. a Panią Zofią de M. Odwołujący oświadczył jedynie, że osoba ta zajmowała w firmie ECM Group Polska Sp. z o.o. stanowisko inspektora ds. zieleni. Nie oznacza to, że była zatrudniona w firmie ECM Group Polska Sp. z o.o. Zajmowanie stanowiska może odbywać się również na podstawie umowy cywilnoprawnej. Zamawiający nie wymagał, aby wykazywane doświadczenie było tylko i jedynie doświadczeniem zdobytym na podstawie umowy o pracę. Taki wymóg byłby zresztą nieuprawniony. Dlatego Zamawiający błędnie założył, że początkowo Odwołujący oświadczył o pozostawaniu w stosunku pracy z Panią Zofią de M. w chwili składania oferty. Podał również, iż Zamawiający

nieprawidłowo przyjął, że zmiana załącznika nr 4a, polegająca na oświadczeniu, że w chwili obecnej Pani Zofia de M. prowadzi własną działalność gospodarczą, przesądza o braku dysponowania osobą inspektora ds. zieleni i powoduje konieczność złożenia zobowiązania podmiotu do udostępnienia osoby. Błędne założenie Zamawiającego wynika z niezrozumienia istoty "dysponowania osobą" na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponownie podkreślił, iż dysponowanie osobami nie musi odbywać się na podstawie umowy o pracę. Możliwe jest dysponowanie osobami na podstawie umów cywilnoprawnych np. zlecenia, umowy o dzieło. Umowy takie mogą być zawierane również przez osoby prowadzące własną działalność gospodarczą. Zatem fakt prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej nie powoduje niemożliwości dysponowania taką osobą przez wykonawcę. Tymczasem taki wniosek, nieuprawniony, wysnuł Zamawiający z treści uzupełnionego przez Protestującego załącznika nr 4a odnośnie Pani Zofii de M. Wskazał również na orzecznictwo, w tym wyrok z dnia z dnia 20 marca 2009 sygn. KIO/UZP277/09, w którym Krajowa Izba Odwoławcza podała, że "W niniejszym stanie faktycznym, odwołujący się stoi na stanowisku, że prowadzenie działalności gospodarczej, czy też pozostawanie w stosunku pracy z innym podmiotem niż wykonawca, przez osoby wskazane w Wykazie osób, przesądza o niemożliwości dysponowania tymi osobami przez Konsorcjum. Zdaniem odwołującego się, jedynie zatrudnianie wskazanych osób świadczy o ich dysponowaniu. Przedmiotowe twierdzenie nie znajduje jednak oparcia w przepisach prawa. Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mówi o dysponowaniu osobami, a nie o posiadaniu pracowników. Pojęcie "dysponowanie" jest pojęciem szerokim, w ramach którego mieszczą się różne stosunki prawne wiążące wykonawcę z osobą, która wchodzi w skład jego potencjału kadrowego. Wystarczy wskazać, że dysponować można osobą na podstawie umowy o pracę, ale też umowy zlecenia, czy innych stosunków cywilnoprawnych. Powyższy pogląd jest powszechnie reprezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych (wyrok z dnia 4 października 2005 r. Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt IV Ca 392/05). Zatem, w opinii Izby, nie jest konieczne zatrudnianie osób przez Konsorcjum, w celu potwierdzenia warunku posiadania potencjału kadrowego (dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia)". Z tego wyroku zdaniem Wykonawcy wynika, że (...) Dysponowanie osobami, wbrew temu, co twierdzi Przystępujący, nie polega na podporządkowaniu pracowniczym, z możliwością wydawania poleceń służbowych, lecz na gotowości danej osoby do przystąpienia do realizacji zamówienia w przypadku, gdy wykonawca uzyska dane zamówienie. Dysponowanie opiera się na raczej na porozumieniu wykonawcy z daną osobą, która wyraża zgodę na udział w realizacji zamówienia, niż na wydaniu polecenia służbowego. Dlatego nie ma konieczności pozostawania w stosunku pracy, a wszelkie umowy cywilnoprawne lub nawet samo ustne porozumienie jest wystarczające dla "dysponowania osobą". Również – w opinii Wykonawcy

- nielogiczne i niezrozumiałe jest twierdzenie Zamawiającego, że zmieniając treść załącznika nr 4a odnośnie Pani Zofii de M., Odwołujący podał nieprawdziwe informacje celowo wprowadzając Zamawiającego w błąd, aby uzyskać zamówienie. Zmiana treści załącznika polegała jedynie na jego uściśleniu, sprostowaniu. Odwołujący dokonując jej uzupełnił dotychczasowe, niepełne informacje. Są one zgodne z prawdą, gdyż Pani Zofia de M. istotnie od września 2008 r. prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą (dowód w postaci kopii zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej zostanie przedłożony na rozprawie przed KIO). Ponadto, sprostowanie załącznika nr 4a stawia Odwołującego (w ocenie Zamawiającego) w gorszej sytuacji, niż był pierwotnie, nie można więc mówić o celowym wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, aby dowieść spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca podkreślił również, że Zamawiający jako argument przemawiający za podaniem przez Odwołującego nieprawdziwych informacji podał w rozstrzygnięciu protestu, że Pani Zofia de M. do września 2008 r. pełniła funkcję Dyrektora Zarządu Dróg i Zieleni w Pile, a z akt osobowych znajdujących się w Urzędzie Miasta Piły wynika, iż "brak jest jakiegokolwiek informacji na temat ubiegania się o zgodę jak i prowadzenia prac zleconych u innych wykonawców". Jednakże z faktu, że Pani Dyrektor nie zgłosiła współpracy z firmą ECM do swojego pracodawcy, nie wynika, że taka współpraca nie miała miejsca. Odwołujący zawarł z Panią Zofią de M. umowę zlecenia, na mocy której powierzył jej pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru ds. zieleni w ramach zadania pn.: "Budowa obwodnicy m. Wyrzysk w ciągu drogi krajowej nr 10 Piła -Bydgoszcz" (dowód w postaci umowy zostanie przedstawiony na rozprawie przed KIO). Ponadto, Pani Zofia de M. nie miała obowiązku zgłaszać pracodawcy faktu współpracy z Odwołującym. Zgodnie z art. 18 ust. 1, obowiązującej do dnia 1 stycznia 2009 r., ustawy z dnia 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. z 2001, nr 142, poz. 1593) pracownik samorządowy nie może wykonywać zajęć tożsamyh, pozostających w sprzeczności lub związanych z zajęciami, które wykonuje w ramach obowiązków służbowych, wywołujących uzasadnione podejrzenie o stronnictwo lub interesowność. W komentarzu do w/w przepisu podkreślono, że "Jest to jedyne ograniczenie podejmowania dodatkowej aktywności. Nie jest tu wymagana w szczególności zgoda pracodawcy samorządowego lub podmiotu go reprezentującego (...), wystarczająca jest ocena, czy dane zajęcie pozostaje w sprzeczności z obowiązkami pracownika samorządowego lub może wywołać podejrzenia o stronnictwo lub interesowność. Podmiotem uprawnionym do tej oceny jest w pierwszej kolejności pracownik (w momencie podejmowania dodatkowego zajęcia) oraz podmiot dokonujący czynności w sprawach z zakresu prawa pracy (...) - w późniejszym terminie, gdy zachodzi potrzeba ustalenia przestrzegania obowiązków przez pracownika samorządowego" (T. Szewc "Komentarz do art. 18 ustawy z dnia 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych", LEX 2003). Wobec tego, Zamawiający nie posiada dowodu, że we wskazanym w załączniku

nr 4a okresie, Pani Zofia de M. nie współpracowała z Odwołującym na stanowisku inspektora ds. zieleni. Takim dowodem na pewno nie jest brak zgłoszenia pracodawcy.

Odnosząc się, jak podkreślił Wykonawca, z ostrożności procesowej, do zarzutów Przystępującego, co do doświadczenia Pana Andrzeja M., Wykonawca wskazał, iż niezasadny jest zarzut braku odpowiedniego doświadczenia osoby wskazanej przez odwołującego na stanowisko Inżyniera Rezydenta. W części III pkt 1.2.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Inżynier Rezydent (poz. 1 tabeli) wykazywał się między innymi doświadczeniem przy kierowaniu lub nadzorowaniu co najmniej jednego zadania w zakresie inżynierii komunikacyjnej (lub powiązane logicznie kontrakty w ramach jednej inwestycji łącznie) o wartości robót co najmniej 50 mln PLN brutto. Brak było wymogu, aby doświadczenie tej osoby obejmowało koordynację zespołu inspektorów nadzoru różnych specjalności. Taki sam warunek, tylko o mniejszej wartości robót został postawiony przykładowo, co do osoby Inspektora nadzoru robót drogowych (poz. 3 tabeli), która miała się wykazywać doświadczeniem przy kierowaniu lub nadzorowaniu, co najmniej jednego zadania drogowego o wartości min. 20 mln PLN brutto. Dlatego twierdzenie Przystępującego, że Pan Andrzej M. nie ma odpowiedniego doświadczenia, ponieważ na kontrakcie związanym z budową obwodnicy Chojnic nie był szefem zespołu nadzoru, jest niezasadne. Taki warunek nie był przez Zamawiającego wymagany. W samym przystąpieniu do postępowania protestacyjnego potwierdzono, że Pan Andrzej M. posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Wobec tego podanie przez Odwołującego w załączniku nr 4a odnośnie tej osoby stanowiska "Inżynier Rezydent/Inspektor nadzoru robót drogowych" nie stanowi podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, skoro wymogiem zamawiającego nie było doświadczenie w koordynowaniu zespołem nadzoru. Natomiast w swoim oświadczeniu z dnia 19 maja 2009 r. Pan M. potwierdził, że na kontrakcie związanym z budową obwodnicy Chojnic pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót drogowych. Zdaniem Wykonawcy, nie jest również zasadny zarzut Przystępującego, że z powodu związania Pana Andrzeja M. umową zlecenia z Lafrentz Polska Sp. z o.o. na pełnienie funkcji inspektora ds. rozliczeń przy remoncie drogi krajowej nr 20, Odwołujący nie dysponuje jego osobą, gdyż kontrakt z Konsorcjum LAFRENTZ wymaga jego pełnej dyspozycyjności. Pan Andrzej M. sam podpisał załącznik nr 4a, składany do oferty Odwołującego, zgodził się również na wskazanie jego osoby przez konsorcjum ECM do oferty. Oznacza to, że pozytywnie ocenił swoje możliwości uczestnictwa w realizacji niniejszej inwestycji z ramienia Odwołującego. Odwołując się do orzecznictwa (KIO/UZP 485/09 oraz), Wykonawca podniósł, że nawet osoby związane stosunkiem pracy z podmiotem trzecim można wskazać jako potencjał kadrowy. Może to być umowa zlecenia, która co do zasady wymaga mniejszej dyspozycyjności niż umowa o pracę.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, w tym Ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ofertę Wykonawcy (wraz z uzupełnieniem), a także stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła oraz zważyła, co następuje:

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że odwołujący się Wykonawca ma interes prawny, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy PZP, we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż ewentualne uwzględnienie podniesionych zarzutów, daje temu Wykonawcy możliwość uzyskania w tym postępowaniu zamówienia publicznego.

Rozpatrując podniesione w odwołaniu przez Wykonawcę zarzuty naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisów art.7 ust.1 i 3, art. 22 ust.1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art.24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – w związku z wykluczeniem odwołującego się Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skład orzekający Izby po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W tym przypadku skład orzekający Izby miał na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zgodnie z sekcją III Ogłoszenia o zamówieniu [Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym i technicznym] oraz cz. III ust.1 pkt 1.2.2 [Potencjał kadrowy] Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ], Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, określając doświadczenie i kwalifikacje odpowiednie do stanowisk, które zostaną im powierzone, w tym m.in. dla Inspektora ds. zieleni (wykształcenie min. średnie o kierunku leśnym, kształtowania terenów zieleni lub pokrewne oraz co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w leśnictwie lub ogrodnictwie). Dalej, w pkt 2 sekcji III w ppkt 11 podał, iż dokumentem wymaganym dla potwierdzenia tego warunku jest przedstawienie w ofercie Wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, na formularzu zgodnym z załącznikiem nr 4 oraz szczegółowy opis doświadczenia zawodowego poszczególnych osób wg treści

załącznika nr 4A. Z kolei w ppkt 11a, wskazał na obowiązek przedłożenia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa w ppkt 11 wykonawca wskaże osoby, którymi będzie dysponował.

Dla potwierdzenia tego warunku, Wykonawca przedłożył wykaz (załącznik 4) w którym wskazał Panią Zofię de M. na stanowisko inspektora ds. zieleni i załączył szczegółowy opis doświadczenia zawodowego na formularzu ustalonym w SIWZ (załącznik 4a). W przypadku tego załącznika, jak zaznaczono, Zamawiający wymagał, aby został on podpisany czytelnie przez osobę w nim wymienianą ze wskazaniem daty.

W toku oceny ofert Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia m.in. tego załącznika, podając w wezwaniu, iż brak jest czytelnego podpisu oraz daty na tym dokumencie. W piśmie z dnia 27 kwietnia 2009 r. (pkt 11) Wykonawca przekazał wymieniony załącznik, który został zmodyfikowany w ten sposób, że dodana została dodatkowa rubryka i wykazana działalność gospodarcza „Park-Ekspert Zofia de M.” prowadzona „od 09.2008 i nadal” oraz wprowadzona została modyfikacja do okresu zatrudnienia (współpracy) w firmie ECM Group Polska „od 05.2008 do 09.2009”. Dokonując następnie ponownie oceny oferty Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania, informując o powyższym w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 maja 2009 r. oraz wskazując na art. 24 ust.1 pkt 10, ust. 2 pkt 2 i 3 oraz ust.3 i 4 PZP. W uzasadnieniu podał, iż Wykonawca mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 27 kwietnia 2009 r.) nie dokonał w zakresie Pani Zofii de M. wymaganego uzupełnienia, informując, iż wezwanie dotyczyło uzupełnienia załącznika 4A „Szczegółowy opis doświadczenia zawodowego...” o czytelny podpis kandydatki i datę, a także wyjaśnienie, czy ta osoba posiada doświadczenie w branży ogrodniczej. Wykonawca uzupełniając załącznik kandydatki desygnowanej na stanowisko inspektora ds. zieleni, zdaniem Zamawiającego, przedstawił treść odmienną od pierwotnej. W tym przypadku Zamawiający wskazał na różnice (już wyżej przywołane), co uprawniało – w ocenie Zamawiającego - do uznania, iż Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Powołując się na cz. III pkt 2 ppkt 11a SIWZ, wskazał także – w odniesieniu do tego kandydata - na brak pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie [„Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca ..], jeżeli poda w ofercie osoby, którymi będzie dysponował. Te okoliczności faktyczne, w ocenie Zamawiającego, wskazują na brak potwierdzenia spełnienia warunku w przedmiotowym postępowaniu, określonego w części III pkt 1 ppkt 1.1.3., a tym samym uzasadniały wykluczenie wykonawcy z postępowania z uwzględnieniem przepisu art. 24 ust.4 i art. 89 ust.1 pkt 5 PZP.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu, w pierwszej kolejności, skład orzekający Izby - uwzględniając treść zawiadomienia z dnia 6 maja 2009 r., co do podstaw wykluczenia Wykonawcy z postępowania oraz treść załącznika nr 4A w brzmieniu załączonym do oferty, a także treść wezwania do uzupełnienia tego załącznika jak również treść załącznika 4A po uzupełnieniu oraz mając na względzie wymagania SIWZ - uznał, iż Wykonawca potwierdził spełnienie warunku dysponowania osobą przedstawioną w ofercie do pełnienia funkcji inspektora ds. zieleni.

Przed wszystkim skład orzekający Izby miał na względzie wymaganie, które Zamawiający sformułował w ppkt 11a (część III.1) SIWZ. Otóż, Zamawiający w tym ppkt 11a SIWZ wymagał pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa w pkt 11 wykonawca wskaże osoby, którymi będzie dysponował. Zatem z literalnego brzmienia tego warunku wynika, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawcy przedstawili pisemne zobowiązanie nie osób fizycznych przeznaczonych do wykonania zamówienia, ale podmiotów dysponujących tymi osobami, innymi słowy najogólniej ujmując „pracodawców” tych osób. Zgodnie z SIWZ, w odniesieniu do osób fizycznych wskazanych do realizacji – zdolnych do realizacji zamówienia odpowiednio do zakresu, Zamawiający wprost wymagał czytelnego podpisu danej osoby wskazanej w załączniku nr 4 do SIWZ do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej. Fakt składania odrębnych oświadczeń przez inne osoby fizyczne wykazane w załączniku nr 4 SIWZ (a następnie w załączniku 4a) przeznaczone do realizacji zamówienia, nie był wymaganiem sformułowanym w SIWZ, a zatem Zamawiający nie może wymagać od wykonawców, aby desygnowani kandydaci składali takie oświadczenia. W konsekwencji skutkowałoby to zmianą warunków udziału w postępowaniu na etapie oceny ofert. Podkreślić należy, iż Zamawiający, co przyznał w toku rozprawy, nie sformułował – w toku postępowania poprzedzającego składanie ofert - wzoru oświadczenia jakie miałyby składać osoby fizyczne, czy też dodatkowego wymagania ponad warunek ustalony w SIWZ w pkt 11 lit. a.

Z tych też względów podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała za uzasadniony, albowiem brak było podstaw – w tych okolicznościach faktycznych i prawnych do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, z powodu nie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu jak również nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w odniesieniu do wskazywanej Pani Zofii de M. na stanowisko inspektora ds.

zieleni, z uwagi na brak złożenia wskazanego powyżej oświadczenia. Tym samym podnoszony zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i 3 ustawy należało uznać za uzasadniony.

Dodatkowo Izba zauważa, iż wskazywany przez Zamawiającego przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP jak również §1 ust.2 pkt 5a rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 188, poz.1155) stanowi o pisemnym zobowiązaniu innych podmiotów do udostępniania osób zdolnych do wykonania zamówienia, a nie osób wykazywanych przez wykonawcę w wykazie desygnowanych do wykonania określonych czynności w związku z przypisaną im funkcją. Co prawda, w ocenie Izby, takie żądanie nie narusza przepisów ustawy, jednakże aby wymagać takiego oświadczenia (zobowiązania), wymóg taki *expressis verbis* powinien wynikać z siwz czy z ogłoszenia o zamówieniu.

Skład orzekający Izby, za zasadny uznał również zarzut braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 PZP, stanowiącego o wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

W tym przypadku, Zamawiający – jak podał w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia a następnie w rozstrzygnięciu protestu – ustalenie, co do podstaw faktycznych wykluczenia oparł na rozważanym już wyżej załączniku 4a do SIWZ, dotyczącym Pani Zofii de M. Uznał bowiem, iż na podstawie załącznika nr 4a w brzmieniu przedłożonym do oferty Wykonawca (...) nie był zobligowany dostarczyć zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, a wobec modyfikacji załącznika i uzupełnienia opisu doświadczenia zawodowego przez Panią Zofię de M. poprzez podanie, że od września prowadzi własną działalność gospodarczą, taki obowiązek powstał, a to oznacza, iż brak takiej informacji uprzednio w ofercie, uprawnia Zamawiającego do przyjęcia, iż nie ujawnienie tej działalności bezpośrednio w ofercie należy - na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 PZP - kwalifikować jako złożenie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania.

Skład orzekający Izby, uznając ten pogląd za niesłuszny, oraz wobec braku definicji legalnej w ustawie – Prawo zamówień publicznych pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust.2 pkt 2 tej ustawy odwołał się - odpowiednio - do wyroku SN z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN10095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252,

253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np.art.132, 213 § 1, 2 i 3, art.297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. A zatem uwzględniając przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 w pierwszej kolejności powinno mieć miejsce dokonanie określonej czynności, a zatem nieprawdziwa informacja powinna być złożona w postępowaniu.

Skład orzekający Izby zauważa, że zastosowanie sankcji wykluczenia z postępowania w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych nie jest uzależnione od umyślności, czy nieumyślności działania wykonawcy, jednakże nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego prezentowanym w toku rozprawy, iż to wykonawca winien wykazać, że informacje przedkładane w ofercie nie są informacjami nieprawdziwymi. Wręcz przeciwnie, zdaniem składu orzekającego, to na Zamawiającym ciąży obowiązek zdefiniowania, które informacje uznaje za nieprawdziwe i jakie okoliczności uznaje za udowodnione. Niejednokrotnie będzie to wymagało prowadzenia postępowania wyjaśniającego, w tym na podstawie art. 26 ust.4 oraz art. 87 ust.1 PZP, i od takiego wszechstronnego wyjaśnienia wszystkich okoliczności. Szczególnie w tych przypadkach zamawiający nie może uchylić się od przeprowadzenia takiego postępowania, gdy przepisy prawa karnego wymagają w okolicznościach wskazanych w tych przepisach, w szczególności od instytucji państwowych i samorządowych, powiadamiania organów ścigania o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu (vide! Art. 297 kk).

W ocenie składu orzekającego Izby dokonując wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP należy mieć na względzie - łącznie, konkretne okoliczności faktyczne, a także odpowiednio uwzględniać teorię kompleksową winy, przyjmowaną również aktualnie przez doktrynę prawa karnego, która to teoria bierze pod uwagę zarówno stosunek psychiczny jak i element zarzucanego naruszenia przepisów karnych (w tym przypadku przepisów prawa zamówień publicznych). Z tych też względów, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 PZP należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe – chciał je przedłożyć) lub zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość

przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Zatem działanie zawinione (umyślne lub nieumyślne) w istocie wiąże się z wadliwością procesu decyzyjnego, która polega na wolnym wyborze z katalogu możliwych zachowań, zachowania sprzecznego z daną normą postępowania (przepisem prawa).

Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa w art.24 ust.2 pkt 2 PZP, dokonując oceny dokumentów i oświadczeń w złożonej ofercie, w pierwszej kolejności powinien wykluczyć, iż przedłożone dokumenty i oświadczenia nie są skutkiem błędnej interpretacji np. SIWZ zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego, czy też omyłki a także jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie – w przekonaniu składu orzekającego Izby - pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało, w konsekwencji, na celu niezgodne z ustawą uzyskanie zamówienia przez Wykonawcę, a zatem miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego – dokonując ustaleń, co do zastosowania art. 24 ust.2 pkt 2 PZP jako podstawy wykluczenia z postępowania, Zamawiający nie można również pomijać, wywodzącej się z prawa rzymskiego zasady prawnej *in dubio pro reo*. Zgodnie z tą zasadą, wątpliwości nie dających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść (wg paremii rzymskiej - oskarżonego), odnosząc do postępowania o zamówienie publiczne - wykonawcy, albowiem na gruncie przepisów prawa cywilnego – jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie – ta zasada odpowiada współczesnej, materialnoprawnej konsekwencji przyjęcia ciężaru rozkładu dowodu i dotyczy strony pozwanej (w tym przypadku wykonawcy, w stosunku, do którego formułowany jest zarzut złożenia nieprawdziwego oświadczenia). Powołana zasada również na gruncie prawa cywilnego może występować w dwóch odmianach: pozytywnej (polegającej na nakazie rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść pozwanego) i negatywnej (polegającej na zakazie rozstrzygnięcia wątpliwości na niekorzyść pozwanego). Oczywiście nie oznacza to, iż – na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych - w przypadku wątpliwości, co do spełniania warunków przez wykonawcę, należy uznać – co do zasady – że wykonawca spełnił warunki. Przede wszystkim trzeba mieć na względzie podstawową zasadę obowiązującą na gruncie Prawa zamówień publicznych, zgodnie, z którą (art. 7 ust.3) zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej Ustawy, a zatem tylko temu wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne i złożył niepodlegającą odrzuceniu, najkorzystniejszą ofertę w rozumieniu tej Ustawy.

W rozpatrywanej sprawie Wykonawca przedłożył do oferty załącznik 4a, który nie zawierał informacji o podjętej – z dniem 16 września 2008 r. działalności gospodarczej przez panią Zofię de M.. Według tej treści załącznika Pani de M. legitymowała się doświadczeniem zawodowym od 05.2008 ze wskazaniem na firmę ECM Group Polska, na stanowisku inspektora ds. zieleni a w opisie doświadczenia podano: Budowa obwodnicy m. Wyrzysk w ciągu drogi krajowej nr 10 - Piła Bydgoszcz. Ten dokument nie został podpisany i nie był opatrzony datą (takie wymaganie wynikało z SIWZ). W załączniku nr 4 – również rozważanym powyżej [Potencjał kadrowy] – w pkt 13 Zamawiający wskazał Panią de M., jej proponowaną rolę w realizacji zamówienia – lata doświadczenia w wymaganym zakresie oraz informacje, co do kwalifikacji zawodowych.

Z kolei w załączniku nr 4a po jego modyfikacji, załącznik ten został uzupełniony (wg stwierdzeń Wykonawcy zaktualizowany) zgodnie z wymaganiami wezwania o czytelny podpis i datę, a ponadto dodana została rubryka informująca o prowadzonej przez Panią de M. działalności gospodarczej od 09. 2008, a rubryka poprzednia dotycząca ECM Group Polska, co do projektu „Budowa obwodnicy m. Wyrzysk w ciągu drogi krajowej nr 10 - Piła Bydgoszcz”, została zmodyfikowana w ten sposób, że w zakresie daty podano: „05.2008 - 09.2008”.

Na rozprawie – stanowisko prezentowane również w piśmie z dnia 30 czerwca 2009 r. – Wykonawca przedłożył dodatkowo umowę z dnia 1 lipca 2008 r. pomiędzy ECM Group Polska sp. z o.o. oraz Panią de M., z której wynika, iż ta umowa zawarta została na 23 miesiące i obejmuje prace wykonane w miesiącu poprzedzającym rozpoczęcie robót, nad którymi sprawowała nadzór oraz prace związane z końcowym rozliczeniem umowy na roboty. To oznacza, iż ta umowa nie potwierdza informacji zawartej w załączniku nr 4a, gdyby przyjąć, iż wskazana tam data wrzesień 2008 miałaby wskazywać na zakończenie realizacji projektu związanego z budową obwodnicy m. Wyrzysk, jednakże z aneksu nr 1 z dnia 30 września 2008 r. bezspornie wynika, iż realizacja tego projektu jest prowadzona z uwzględnieniem zmiany charakteru gospodarczego wykonawcy tej umowy tj. Pani de M.

Powyższe okoliczności bezspornie wskazują, iż załącznik 4a został prawidłowo złożony z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego wynikających z SIWZ, co prawda dopiero po wezwaniu Wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu, jednakże nie jest sprzeczny z załącznikiem nr 4 (podobnie jak projekt załącznika 4a do oferty) do którego stanowi odniesienie, a przedłożone dokumenty w żaden sposób nie potwierdzają podnoszonego przez Zamawiającego i Przystępującego wykonawcę nieprawdziwości informacji, co najwyżej wskazują na ujęcie w nim bardziej precyzyjne informacji, co do strony umowy w ramach współpracy z ECM. Te dodatkowe informacje bezspornie potwierdzają fakt kontynuacji realizacji inwestycji wykazanej również w załączniku 4a do oferty (na marginesie

Izba zauważa, iż dokument, który nie został podpisany może być kwalifikowany, co najwyżej jako projekt dokumentu).

Uwzględniając zatem niniejsze ustalenia jak również ustalenie, co do spełnienia warunku przez Wykonawcę w aspekcie już omówionym, zarzut niezasadnego wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy oraz naruszenia art.7 ust.1 ust.3 ustawy należało uznać za zasadny.

Konkludując, w zakresie zarzutów objętych odwołaniem, również kwestia związana z ewentualnymi wątpliwościami, co do przedstawienia pisemnego zobowiązania podmiotu w dyspozycji, którego pozostaje Pani de M. – w przekonaniu Izby zostaje - w świetle ustaleń co do stanu faktycznego – także rozstrzygnięta. Jak wynika z rozważanego stanu faktycznego, Wykonawca wskazał w ofercie, a zatem na piśmie, Panią de M. do realizacji tego zamówienia na stanowisko inspektora ds. zieleni, a tym samym wypełnił wymaganie w zakresie wynikającym z przepisu art. 22 ust.1 pkt 2 PZP, który to przepis (podobnie przepisy powołanego rozporządzenia) nie przewiduje dla tych oświadczeń (zobowiązań) szczególnych wymagań, co do ich treści. W tej konkretnej sprawie - jak wynika z treści art. 22 ust.1 pkt 2 PZP – ewentualne pisemne zobowiązanie podmiotu, co do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, mogłoby pochodzić od podmiotu na rzecz którego, w ramach prowadzonej przez niego działalności, współpracuje zawodowo na podstawie również umowy zlecenia czy innych stosunków cywilnoprawnych. Co prawda, skład orzekający na marginesie ponownie zauważa, że wymóg „dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia” zostanie spełniony również w takim przypadku, gdy takie oświadczenie będzie pochodziło od osoby, która jest desygnowana w ofercie przez Wykonawcę do wykonania określonych czynności, jednakże, co wymaga podkreślenia, żądanie takiego oświadczenia od Wykonawcy musi być oparte wprost na postanowieniach SIWZ, gdyż literalne brzmienie przepisu nie może stanowić wyłącznej podstawy do takiego żądania po upływie terminu - do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, czy ofert.

Dodatkowo, polemizując z argumentacją Zamawiającego i Przystępującego wykonawcy, co do definicji pojęcia „dysponowania” Izba nie podzieliła poglądu, że tylko zawarcie umowy o pracę, stanowić może potwierdzenie bezspornego dysponowania daną osobą do realizacji konkretnego zamówienia, w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych.

W przekonaniu Izby taki warunek będzie również spełniony, gdy powierzenie do realizacji - tak jak w niniejszej sprawie - danego zakresu prac nastąpi na podstawie umowy zlecenia. Dalej, zdaniem Izby, tylko z przepisów prawa lub postanowień właściwych umów czy specyfiki zamówienia mogą wynikać ograniczenia wyłączające możliwość podejmowania dodatkowego zatrudnienia, czy zawierania dodatkowych umów cywilno-prawnych, a tym

samym składania w swoim imieniu przez potencjalnych kandydatów – osób zdolnych do wykonania zamówienia – oświadczeń (zobowiązań w rozumieniu art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy o pozostawaniu w dyspozycji danego wykonawcy, ubiegającego się o zamówienie publiczne. Jednakże, nie można w takim przypadku, nie zgodzić się z poglądem, iż w takim przypadku mamy do czynienia z faktem już dysponowania daną osobą, co wyłącza obowiązek przedstawiania zobowiązań podmiotów trzecich, o których stanowi art. 22 ust.1 pkt 2 *in fine*.

Również za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 180 ust. 7 w zw. z art. 181 ust. 5 ustawy PZP, a polegający na rozpatrzeniu zarzutów Przystępującego - konsorcjum firm: Lafrentz -Polska sp. z o.o. i Grontmij Polska sp. z o.o. w zakresie dotyczącym osoby Pana Andrzeja M., mimo że przystąpienie w tym zakresie powinno zostać potraktowane jako samodzielny protest, który jako wniesiony po terminie podlegał odrzuceniu.

W tym przypadku, jak dotychczas wskazywano, podstawę wykluczenia Wykonawcy z postępowania stanowiły zarzuty dotyczące nie potwierdzenia spełnienia warunku, co do przedstawionej w ofercie kandydatury Pani de M. Co prawda, w rozstrzygnięciu protestu, Zamawiający (wskazując enigmatycznie na argumentację z przystąpienia do postępowania protestacyjnego) ogólnie zaznaczył w uzasadnieniu, iż „w zakresie innych nieprawdziwych danych oferty Protestującego (tu: Wykonawcy), nie można uznać za nieistotne omyłki”, jednakże nie podjął w tym zakresie żadnych czynności dopuszczonych przepisami Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z ustawą – Prawo zamówień publicznych, podstawę wykluczenia z postępowania stanowią konkretne okoliczności faktyczne oraz przepisy ustawy i stosownie do przepisu art. 92 ust.1 pkt 2 PZP, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zobowiązany jest powiadomić wszystkich wykonawców, składających oferty również o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podając uzasadnienie faktyczne (konkretne okoliczności faktyczne) oraz uzasadnienie prawne (konkretne przepisy ustawy).

W tym przypadku Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 6 maja 2009 r. podał, iż Wykonawca mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów nie dokonał w zakresie Pani Zofii de M. wymaganego uzupełnienia. Ponadto kwestionując dokonane uzupełnienie w zakresie tej osoby desygnowanej na stanowisko inspektora ds. zieleni i wskazując na różnice (już wyżej przywołane) uznał, iż Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dla tych skonkretyzowanych faktycznych okoliczności, jako podstawę prawną wykluczenia z postępowania wskazał na art. 24 ust.1 pkt 10, ust. 2 pkt 2 i 3 oraz ust. 3 i 4 PZP. Zatem żadne inne okoliczności nie mogły być przedmiotem protestu i co więcej żadne inne okoliczności faktyczne, które miałyby być podstawą

wykluczenia wykonawcy nie mogły być skutecznie wobec Wykonawcy wnoszącego protest, podniesione w rozstrzygnięciu protestu. Stąd też wskazywane w toku rozprawy przed Izbą inne podstawy faktyczne wykluczenia Wykonawcy z tego postępowania o zamówienie publiczne nie mogą być przedmiotem orzekania przez Izbę. Granice orzekania w sposób kategoryczny wyznacza przepis art. 191 ust.3 PZP, wskazując, iż Izba rozpatrując odwołanie jest związana granicami protestu.

Wymaga jednocześnie podkreślenia, iż rozstrzygnięcie protestu może zawierać informację, o okolicznościach faktycznych i prawnych, innych niż podano w zawiadomieniu o wykluczeniu danego wykonawcy. Jednakże takie rozstrzygnięcie może tylko uzasadniać wniesienie odrębnego protestu w zakresie tych „nowych okoliczności” - nieznanych dotychczas zarzutach, co do oferty wykonawcy - kwalifikowanych przez zamawiającego, jako podstawy faktyczne i prawne wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty. Trzeba bowiem, w tym przypadku mieć na względzie przepis art. 180 ust.2 PZP, stanowiący o powzięciu lub przy zachowaniu należytej staranności możliwości powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu, które to przesłanki dla oceny skuteczności wniesienia protestu w wymaganym ustawowym terminie mają kluczowe znaczenie.

W rozpatrywanej sprawie, jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu enigmatycznie wskazał na bliżej nieokreślone nieprawdziwe dane w ofercie Wykonawcy, zatem Wykonawca nie miał żadnych podstaw faktycznych ani prawnych, do wniesienia protestu. Jak wykazało postępowanie dowodowe, w tym bezsporne przyznanie Zamawiającego w toku rozprawy, inne czynności przewidziane ustawą, poza czynnością, wynikającą z zawiadomienia z dnia 6 maja 2009 r. nie zostały wobec Wykonawcy podjęte.

Skład orzekający Izby nie podzielił jednocześnie poglądu Przystępującego wykonawcy, iż nie miał prawnej możliwości wniesienia protestu na czynność braku wykluczenia z postępowania Wykonawcy, z uwagi na nie spełnienie warunku również przez innego kandydata Pana Andrzeja M. Otóż przystępując do postępowania toczącego się na skutek wniesionego protestu przez Wykonawcę (ECM Group Polska sp. z o.o. [lider Konsorcjum oraz Menadżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski) w oświadczeniu o przystąpieniu z dnia 22 maja 2009 r. *de facto* został wniesiony protest w tej części, która dotyczyła nowych okoliczności nie objętych protestem, a mianowicie niezależnej podstawy uzasadniającej – zdaniem Konsorcjum - wykluczenie Wykonawcy z postępowania, a związanej z osobą desygnowaną na stanowisko Koordynatora Zespołu Inspektorów Nadzoru. W tym przypadku Zamawiający, uwzględniając odpowiednio przepis art. 181 ust.5

oraz art. 180 ust.8 PZP, mógł traktując w tej części to oświadczenie jako protest tego wykonawcy, rozstrzygnąć w zakresie tych zarzutów, mając oczywiście na względzie również art. 187 ust.4 pkt 4 PZP. Skład orzekający jednocześnie zauważa, iż takiego żądania Przystępujący do protestu wykonawca nie zawarł. Na marginesie, skład orzekający Izby zauważa, iż nie można zgodzić się z argumentacją Przystępującego, w przedmiocie braku możliwości prawnych wykazania w tych konkretnych okolicznościach interesu prawnego.

W myśl przepisu art. 179 ust.1 PZP, fakt zagrożenia naruszenia (zagrożenie doznania uszczerbku) interesu prawnego wykonawcy może być skutkiem dokonania bądź zaniechania dokonania wymaganej ustawą czynności, a zatem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. To oznacza, iż brak wskazania wszystkich równoważnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, może – w przekonaniu Izby – wskazywać na zagrożenie naruszenia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia przez Konsorcjum LAFRENTZ w rozumieniu powołanego przepisu art. 179 ust.1 PZP, albowiem uwzględnienie protestu Wykonawcy [Konsorcjum ECM Group Polska sp. z o.o. oraz Menadżer Budownictwa inż. Józef Kołosowski] – powodowałoby konieczność powtórzenia czynności oceny ofert, a tym samym oferta tego Wykonawcy mogłaby być uznana – zgodnie z przepisami PZP - za ofertę najkorzystniejszą.

W przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych, dodatkowy zarzut podnoszony w toku rozprawy został pozostawiony bez rozpoznania.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawa zamówień publicznych. Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*