

Sygn. akt: KIO 71/11

WYROK

z dnia 28 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Brzeska**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 stycznia 2011 r. przez **Krzysztofa Matczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „DRWAL” Matczak Krzysztof, Dobojewo 30a/7, 77-300 Człuchów** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Nadleśnictwo Człuchów, ul. Sobieskiego 3, 77-300 Człuchów**

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zakresie zadania 7 i 8 unieważnienie czynności oceny ofert w tym wykluczenia Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej a także nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Nadleśnictwo Człuchów, ul. Sobieskiego 3, 77-300 Człuchów** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Krzysztofa Matczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług**

Leśnych „DRWAL” Matczak Krzysztof, Dobojewo 30a/7, 77-300 Człuchów
tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Skarb Państwa – Nadleśnictwo Człuchów, ul. Sobieskiego 3, 77-300 Człuchów** na rzecz **Krzysztofa Matczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „DRWAL” Matczak Krzysztof, Dobojewo 30a/7, 77-300 Człuchów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa: Nadleśnictwo Człuchów, 77-300 Człuchów, ul. Sobieskiego 3, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Świadczenie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Człuchów w 2011 r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 17 listopada 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 listopada 2010 r. pod numerem 2010/S 226-345694.

Wykonawca Krzysztof Matczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „DRWAL”, Dobojewo 30A/7, 77-300 Człuchów (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 14 stycznia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w części 7 i 8 a także na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez nieuprawnione wykluczenie oferty Odwołującego,
- art. 24 ust. 4 poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez nie wykluczenie oferty Zakładu Usług Leśnych „JAWOR” s.c.
- 24 ust. 4 poprzez nie odrzucenie oferty Zakładu Usług Leśnych „JAWOR” s.c.
- art. 91 ust. 1 poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, spełniającej warunki postawione przez Zamawiającego,
- art. 7, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,

- wykluczenie wykonawcy Zakładu Usług Leśnych „JAWOR” s.c. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
- odrzucenie oferty wykonawcy Zakładu Usług Leśnych „JAWOR” s.c. na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
- wybór oferty Odwołującego na wykonawcę,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zgodnie z właściwymi przepisami.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający pismem z dnia 30 grudnia 2010 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w częściach nr 7 i 8 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący załączając do oferty wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wskazując w części 7 Edwarda M., Tadeusza S., Franciszka P., Jarosława S. i Krzysztofa K. a dla części 8 Roberta K. oświadczył, że osoby te są jego pracownikami. Informacje te zakwestionował wykonawca Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. w związku z tym Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W wyjaśnieniach przedłożonych Odwołujący potwierdził, że wymienione przez niego w wykazach osoby na dzień składania ofert nie były pracownikami firmy i wyjaśnił, jak rozumie zapisy SIWZ. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie udowodnił, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w wymaganym zakresie, a także potwierdził, iż nie są one jego pracownikami, co zdaniem Zamawiającego skutkowało wykluczeniem jego oferty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia zasad udzielania zamówień określonych w ustawie Pzp. W opinii Odwołującego Zamawiający w rozdziale VII pkt 5 SIWZ wymagał załączenia do oferty wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór powyższego wykazu stanowił załącznik nr VI do niniejszej specyfikacji, którego a jego tytuł brzmi: *„Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia”*. Zdaniem Odwołującego uczynił on zadość wszystkim wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w rozdziale VII pkt 5 SIWZ.

Zgodnie z tytułem załącznika nr VI do SIWZ Odwołujący miał wskazać osoby, którymi dysponuje lub którymi będzie dysponował wykonując zamówienie. W związku z tym Odwołujący wpisał do powyższego załącznika osoby, które zamierza zatrudnić do wykonania prac w 2011 r., a więc osoby, którymi będzie dysponował zgodnie z tytułem załącznika nr VI. Nielogiczne byłoby, według Odwołującego zatrudnienie tych osób w momencie składania oferty, gdyż Zamawiający nie mógł mieć pewności, czy jego oferta zostanie wybrana. W wyjaśnieniach z dnia 27 grudnia 2010 r. Odwołujący określił, iż wymienione w załączniku nr VI osoby będą jego pracownikami a wykaz stanowiący powyższy załącznik wypełnił zgodnie z sformułowaniem zawartym w jego tytule. Zauważyć należy, iż w tytule załącznika nr VI znalazło się sformułowanie „*będzie dysponował*”, co oznacza czas przyszły. Tak więc Odwołujący zgodnie z prawdą wymienił osoby, które zamierza zatrudnić jako pracowników wykonujących zamówienie na usługi leśne w 2011 r. Reasumując stwierdzić należy, iż Odwołujący w pełni spełniał, jego zdaniem wymogi postawione w SIWZ przez Zamawiającego odnośnie wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Tym samym, w jego opinii nie można mówić o wykluczeniu Odwołującego z niniejszego postępowania, ani o odrzuceniu jego oferty.

Natomiast zdaniem Odwołującego, powołując się na art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, należałoby wykluczyć z niniejszego postępowania wykonawcę Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. Wykonawca ten występuje w postępowaniu jako spółka cywilna. Wykonawca ten do oferty załączył jedynie wymagane rozdziałem VIII pkt 3 i 4 SIWZ zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS wystawione na poszczególnych wspólników: p. Zbigniewa S., Dariusza A. i Grzegorza S. Z powyższych dokumentów nie sposób wywieść, czy przedmiotowa spółka cywilna jako podmiot występujący w obrocie gospodarczym nie zalega zarówno z opłacaniem składek do ZUS jak i podatków. Wystawione zaświadczenia dotyczą jedynie osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, a nie spółki. Potwierdzeniem powyższej tezy są liczne wyroki zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i Zespołów Arbitrów. (wyrok KIO z dnia 7 maja 2010 r. , Sygn. akt KIO/UZP 707/10, czy też wyrok NSA z dnia 28 września 2005r., sygn. akt IFSK 412/05 (LEX nr 512180), wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 lipca 2005 r.(sygn. akt UZP/ZO/0-1885/05, również wyrok o sygnaturze akt KIO/UZP 352/09 nawiązuje do powyższego zagadnienia): Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, iż wykonawca „JAWOR” s.c. poprzez nie dołączenie do oferty zaświadczeń z Urzędu Skarbowego oraz ZUS dotyczących spółki cywilnej nie wykazał spełnienia warunków w postępowaniu i winien być z niego wykluczony. Ponadto, wątpliwym jest według Odwołującego czy wykonawca Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. dysponuje wymaganymi osobami (rozdział VI pkt 4 SIWZ), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W załączonym do oferty wykazie osób, którymi dysponuje lub będzie

dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, kolumna nr 3 pn. „podstawa dysponowania” nie została wypełniona. W wyniku wezwania do uzupełnienia oferty w tym zakresie wykonawca „JAWOR” s.c. przedłożył Zamawiającemu min. umowę o pracę zawartą dnia 1 stycznia 2010 r. z panem Arkadiuszem Olszewskim, który miał uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia zarówno w części 7 jak i 8 jako pilarz traktorzysta. Odwołujący zauważył, że przedłożona umowa o pracę jest umową zawartą na czas określony. Nie wynika z niej jednak, jakiego okresu dotyczy. A więc nie wiadomo, czy p. O. w dalszym ciągu jest pracownikiem wyżej wymienionej spółki cywilnej. W opinii Odwołującego Zamawiający nie dołożył należytej staranności, aby sprawdzić ten fakt i dokonał wyboru wykonawcy, co do którego wątpliwym jest spełnienie postawionych w SIWZ wymagań. Reasumując, według Odwołującego wykonawca Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 14 stycznia 2011 r.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia w terminie żaden z wykonawców.

Pismem z dnia 17 stycznia 2011 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 17 listopada 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 listopada 2010 r. pod numerem 2010/S 226-345694.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi postanowienia w zakresie opisu przedmiotowego zamówienia:

- 1) Rozdział VI – *„Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”:*

Na podstawie art. 22 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy złożą stosowne oświadczenie oraz przedłożą dokumenty potwierdzające m. in., że:

- Zamawiający uzna za spełniony warunek, jeżeli wykonawca dysponuje oraz w ofercie wykaże osoby posiadające następujące kwalifikacje, uprawnienia oraz doświadczenie zawodowe:

a) w zakresie koordynowania prac: - zadania – pakiety nr 1 do 18 – osoba na każdą część zamówienia,

b) w zakresie pozyskania drewna – osoby z kwalifikacjami drwala-operatora uprawnionego do pracy pilarką spalinową, posiadające aktualne badania lekarskie: - zadania – pakiety nr 1 do 17 – minimum 3 osoby na każdą część zamówienia, zadanie – pakiet nr 18 – minimum jedna osoba.

W przypadku ubiegania się przez wykonawcę o więcej części zamówienia warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca dysponuje lub będzie dysponował osobami, wskazanymi w wykazie, odrębnymi osobami o kwalifikacjach drwala – operatora pilarki innymi dla każdej z części zamówienia, o realizację których się ubiega, przy czym liczby osób dla każdej z tych części nie mogą być mniejsze od określonych powyżej wymaganych dla tych części:

- zadanie – pakiet nr 18 – minimum 2 osoby z kwalifikacjami do pracy ze środkami chemicznymi, które ukończyły kurs z zakresu stosowania środków chemicznych posiadające aktualne badania lekarskie,

- zadanie – pakiety nr 1 do 20 – minimum 1 osobę z kwalifikacjami kierowcy operatora ciągnika, z wymaganymi uprawnieniami, posiadającą aktualne badania lekarskie, na każdą część zamówienia,

- zadania – pakiety nr 3 i 13 w częściach dotyczącej ochrony p.poż – dyżury na wieży Łoża i wieży Jeziorno – minimum jedną osobę z kwalifikacjami do pracy na wysokościach, posiadającą aktualne badania lekarskie (brak przeciwwskazań do pracy na wieży obserwacyjnej p.poż) na każdą część zamówienia. Osoby te muszą posiadać umiejętności posługiwania się środkami łączności typu – radiotelefon.

Na potwierdzenie powyższego warunku wykonawca winien dołączyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 6 oraz oświadczenie, że osoby które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Jeżeli w wykazie, o którym mowa powyżej wykonawca wykazał osoby, którymi będzie dysponował zobowiązany będzie dołączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Ponadto załącznik nr VI do SIWZ brzmi: „Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia”.

W świetle zapisów SIWZ Rozdziału VII – „Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” Zamawiający wymagał m.in. złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczeniu i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór powyższego wykazu stanowi załącznik nr VI do niniejszej specyfikacji.

Ponadto w SIWZ Zamawiający w Rozdziale VIII W celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania wykonawcy zobowiązani byli dołączyć następujące dokumenty i oświadczenia, a m. in.:

- aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.,

- aktualne zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Do upływu terminu składania ofert zostały złożone oferty przez 2 wykonawców, w następujących pakietach:

Pakiet nr 7: Zakład Usług leśnych „DRWAL” – Krzysztof Matczak z ceną: 362.252,22 zł brutto, Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c.: 384.627,61 zł brutto,

Pakiet nr 8: Zakład Usług leśnych „DRWAL” – Krzysztof Matczak z ceną: 396.463,86 zł brutto, Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c.: 444.068,74 zł brutto.

Wykonawca Zakład Usług leśnych „DRWAL” – Krzysztof Matczak do swojej oferty w zakresie zadania nr 7 załączył m. in. wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca, i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w rubryce „Imię i nazwisko” wykonawca wskazał osoby z imienia i nazwiska w tym także Pana Tadeusza S. o, zaś w podstawie dysponowania zamieścił informację – pracownik.

W zakresie zadania nr 8 w wykazie osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca, i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w rubryce „Imię i nazwisko” wykonawca wskazał siebie z podstawą dysponowania – właściciel, Pana Roberta K. – z podstawą dysponowania – pracownik, zaś dla trzech osób wskazanych w wykazie w podstawie dysponowania wskazano oświadczenie ZUL „GINTER”.

Wykonawca, Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. do swojej oferty załączył m.in. zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i właściwego oddziału ZUS wystawione na poszczególnych wspólników: Zbigniewa S., Dariusza A., Grzegorza S.

Zamawiający pismem z dnia 23 grudnia 2010 r. wezwał Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących przedłożonych wykazów, osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Pismem z dnia 27 grudnia 2010 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia w zakresie złożonych wykazów w zakresie części 7 i 8 zamówienia.

Ponadto pismem z dnia 23 grudnia 2010 r. Zamawiający w zakresie zadania 7 i 8 wezwał wykonawcę Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów, w tym w szczególności wykazu osób, które uczestniczyć będą w realizacji zamówienia, ponieważ w załączonym do oferty wykazie osób nie zawarto informacji o podstawie ich dysponowania.

Pismem z dnia 27 grudnia 2010 r. wykonawca uzupełnił brakujące dokumenty, t.j. wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca dla zadania 7 i 8 wskazując w pkt 6 tego wykazu Pana Arkadiusza O. załączając jednocześnie umowę o pracę zawartą w dniu 1 stycznia 2010 r.

Pismem z dnia 30 grudnia 2010 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ według Zamawiającego wykonawca złożył w niniejszym postępowaniu nieprawdziwe informacje.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 7 i 8 pismem z dnia 30 grudnia 2010 r. zostało skierowane do wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu. Za najkorzystniejszą ofertę w zakresie części 7 i 8 została uznana oferta wykonawcy Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c.

W dniu 14 stycznia 2011 r. wykonawca Krzysztof Matczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „DRWAL”, Dobojewo 30A/7, 77-300 Człuchów złożył odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty w części 7 i 8 a także na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c.

Wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 14 stycznia 2011 r.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 17 stycznia 2011 r. Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący zaniechania złożenia zaświadczenia z US nie uznając jednocześnie zarzutu dotyczącego zaświadczenia z właściwego oddziału ZUS. Ponadto na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, iż w związku z uwzględnieniem zarzutu zaniechania złożenia zaświadczenia z US na spółkę cywilną nie jest w stanie uczynić zadość żądaniom Odwołującego i wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ponieważ czynność wykluczenia z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełniania warunków po wezwaniu przez Zamawiającego uprawnia go do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Zdaniem Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania a polegające na wykluczeniu Odwołującego mogą pozbawić go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym narażają go na poniesienie szkody.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponadto odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do rozpoznania odwołania na rozprawie.

Mając powyższe na względzie, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, iż katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Wystąpienie którejkolwiek z przesłanek obliguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jedną z przesłanek, mieszczącą się w powyższym katalogu, skutkującą wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące elementy: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie faktu złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, czy te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza dokonała analizy powyższego stanu faktycznego i w jej opinii zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził się w zgromadzonym materiale dowodowym.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w zakresie części 7 i 8 wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, t.j. powołując się na przesłankę złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, że Odwołujący „w wyjaśnieniu przedłożonym Zamawiającemu w dniu 28 grudnia 2010 r. potwierdził, że wymienione osoby, ujęte w przedmiotowych wykazach na dzień składania ofert nie były pracownikami jego firmy, czym jednocześnie potwierdził podanie nieprawdziwej informacji”.

Izba zauważyła, że tytuł załącznika nr VI do SIWZ zawierający sformułowanie „będzie dysponował” mógł być inaczej zinterpretowany przez wykonawcę, wskazującego w swych

wykazach, osoby, które dopiero zamierza zatrudnić przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Zatem wykazanie przez Odwołującego osób w załączniku nr VI, które dopiero zamierzał zatrudnić (biorąc pod uwagę treść zapisów SIWZ), nie może przesądzić, iż w niniejszym postępowaniu, doszło do złożenia nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, iż *„czytając SIWZ oraz analizując druk załącznika nr VI nie miał wątpliwości, że w rubryce podstawa dysponowania, należy odnieść się do tego, kim dana osoba będzie dla firmy z chwilą przystąpienia do realizacji zamówienia (...), w związku z tym oświadczył, że z chwilą realizacji zamówienia wskazane w wykazie osoby będą jego pracownikami”*. Odwołujący przyznał, iż w związku z tym *„zgodnie z prawdą wymienił osoby, które zamierza zatrudnić jako pracowników wykonujących zamówienie”*.

W świetle interpretacji Zamawiającego, który nie podzielił poglądu Odwołującego, zapisy SIWZ należało interpretować w następujący sposób: *„Ustawa Prawo zamówień publicznych jak również Specyfikacja w sposób przejrzysty określiły, w jaki sposób wykonawca musiał spełnić warunek udziału, z którego wynikało jednoznacznie, że albo wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia albo będzie polegać na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów – a w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany był udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi osobami, poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych osób na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”*.

Złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w innych wypadkach wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie może doprowadzić do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych; t.j. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), wskazujący, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.

Izba zauważa, że Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców ryzyka wynikającego z nieprecyzyjnego przygotowania dokumentacji postępowania i wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci wykluczenia z postępowania. Nieprecyzyjność zapisów specyfikacji nie może być utożsamiana przez Zamawiającego ze złożeniem nieprawdziwych informacji w postępowaniu, a jakiegokolwiek rozbieżności bądź wątpliwości w interpretacji zapisów specyfikacji nie mogą przesądzać o zamiarze złożenia nieprawdziwych informacji, na co w niniejszym postępowaniu wskazują wyjaśnienia Odwołującego, iż *„czytając SIWZ*

oraz analizując druk załącznika nr VI nie miał wątpliwości, że w rubryce podstawa dysponowania, należy odnieść się do tego, kim dana osoba będzie dla firmy z chwilą przystąpienia do realizacji zamówienia”. Odmienne intencje Zamawiającego, niedoprecyzowane specyfikacją nie mogą być podstawą do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca wypełniając wykazy, zgodnie z zwerbalizowanymi wytycznymi Zamawiającego, w sposób wskazany w załączniku nr VI SIWZ nie może następnie zostać wykluczony z postępowania za złożenie nieprawdziwych informacji, skoro z okoliczności sprawy nie wynika, aby działał z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Podstawą argumentacji zawartej w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może być też wyłącznie przypuszczenie czy też domniemanie Zamawiającego wynikające z błędów popełnionych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Zatem w świetle powyższych rozważań, zdaniem Izby trudno wywieść, że wykonawca w niniejszym postępowaniu złożył nieprawdziwe informacje, stąd też nie zostały wypełnione wszystkie przesłanki zawarte w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie w świetle opisanego stanu faktycznego oraz podnoszonej argumentacji należało uznać iż Zamawiający nie miał wystarczającej podstawy do wykluczenia Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu niezłożenia przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. zaświadczenia z US i właściwego oddziału ZUS dotyczącego spółki cywilnej Izba ustaliła, iż pismem z dnia 17 stycznia 2011 r. Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący zaniechania złożenia zaświadczenia z US nie uznając jednocześnie zarzutu dotyczącego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS. Ponadto na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, iż nie jest w stanie uczynić zadość żądaniom Odwołującego i wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ponieważ czynność wykluczenia z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełnienia warunków po wezwaniu przez Zamawiającego uprawnia go do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba w tym zakresie podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 28 września 2005r., sygn. akt I FSK 412/05 (LEX nr 512180), w którym Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „na gruncie podatku od towarów i usług podmiotowość prawnopodatkową przyznaje się spółce osobowej jako organizacji wspólników, a nie samym wspólnikom, tym samym wszelkie obowiązki i uprawnienia podatników wynikające z ustawy o podatku od towarów i

usług oraz o podatku akcyzowym odnoszą się do tych spółek, a nie bezpośrednio do ich wspólników”.

Ponadto podmiotowość podatkowa spółki cywilnej została potwierdzona wyrokiem WSA w Poznaniu z 24 czerwca 2009r. (I SA/Po 494/09, opubl.: Legalis), w którym Sąd stwierdził, że: *„w świetle przepisów Ordynacji podatkowej, w przypadkach w których ustawa podatkowa przyznaje spółce cywilnej podmiotowość podatkową poprzez ustanowienie jej na gruncie tej ustawy podatnikiem, płatnikiem lub inkasentem, stroną postępowania podatkowego w zakresie praw i obowiązków wynikających z teje podmiotowości jest spółka cywilna. W tych też przypadkach spółka powinna być adresatem decyzji podatkowej, jako podmiot samodzielny, odrębny od wspólników”.*

W świetle powyższego stanowisko Zamawiającego wskazujące na konieczność wezwania do uzupełnienia zaświadczenia z US dotyczącego spółki cywilnej wydaje się być słuszne.

W odniesieniu natomiast do zaświadczenia właściwego oddziału ZUS Izba podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2010 r., sygn. akt KIO 708/10, *„iż spółka cywilna jest pracodawcą w rozumieniu art. 3 kodeksu pracy, zatem w razie zatrudniania pracowników dokonuje ona zgłoszenia pracowników do ubezpieczenia społecznego i odprowadza należne składki. Wspólnicy spółki cywilnej mogą samodzielnie odprowadzać swoje składki ZUS, w indywidualnych przypadkach może uczynić to również spółka. Wymaganie złożenia zaświadczenia lub zaświadczeń wystawionych przez właściwy oddział ZUS przez spółkę cywilną konkretyzuje się w przypadku istnienia faktu zatrudniania pracowników lub zgłaszania do ubezpieczenia osób i odprowadzania składki z innych tytułów (umów cywilnoprawnych) oraz dokonywania lub nie wymienionych czynności w odniesieniu do wspólników”.*

Zatem Zamawiający w oparciu o treść złożonych ofert oraz korzystając ewentualnie z dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp powinien dokonać ustaleń czy w konkretnym stanie faktycznym koniecznym jest wzywanie wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów w opisanym powyżej zakresie.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, t.j. warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zdaniem Izby powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym.

Izba ustaliła, że w celu spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy załączyli wraz z ofertą wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia – załącznik nr VI.

Izba ustaliła, że wykonawca Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. załączył powyższy wykaz nie wypełniając rubryki – podstawa dysponowania. Wykonawca Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. w wyniku wezwania do uzupełnienia pismem z dnia 27 grudnia 2010 r. uzupełnił brakujące dokumenty, t.j. m. in. wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wskazując podstawę dysponowania, w szczególności w pkt 6 dotyczącym Pana Arkadiusza Olszewskiego, ponadto wykonawca załączył umowę o pracę zawartą w dniu 1 stycznia 2010 r. pomiędzy Zbigniewem S.(wspólnikiem spółki Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c.) a Arkadiuszem O. Izba uznała, że zarzut niespełnienia warunku w zakresie dotyczącym pkt 6 wykazu nie został w sposób dostateczny udowodniony przez Odwołującego, ponieważ w wyniku uzupełnienia wykonawca Zakład Usług Leśnych „JAWOR” s.c. na dzień składania ofert wskazał, iż dysponuje taką osobą, załączając umowę zawartą w dniu 1 stycznia 2010 r.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, i w konsekwencji dokonanie wszelkich czynności zgodnie z ustawą Pzp, t.j. zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokonania ponownego badania i oceny ofert (w zakresie części 7 i 8).

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej, t.j. w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, z uwzględnieniem kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....