

WYROK
z dnia 11 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Daniel Konicz
Beata Konik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: D.-B. Sp. z o.o., F.-F., rekonstrukce, stavby a.s., N.-M. Sp. z o.o., (...), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Transportu w C., (...)

przy udziale wykonawcy P. U. T. I. Sp. z o.o., (...), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie:
 - 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. U. T. I. Sp. z o.o. z siedzibą w Z.;
 - 2) wykluczenia z postępowania wykonawcy P. U. T. I. Sp. z o.o. z siedzibą w Z.;
 - 3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert.

 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Transportu w C., (...)
- i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: D.-B. Sp. z o.o., F.-F., rekonstrukce, stavby a.s., N.-M. Sp. z o.o., (...) tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Transportu w C., (...) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: D.-B. Sp. z o.o., F.-F., rekonstrukce, stavby a.s., N.-M. Sp. z o.o., (...) kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miejski Zarząd Dróg i Transportu w C., (...) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Przebudowa (...) w C., dla procedury zaprojektuj i wybuduj«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15.04.2016 r. pod nrem 2016/S 077-135652.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 10.11.2017 r. o:

wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy wykonawca P. U. T. I. Sp. z o.o. z siedzibą w Z., (...).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia Konsorcjum pomiotów:

[1] D.-B. Sp. z o.o. z siedzibą w C., (...) [pełnomocnik],

[2] F.-F., rekonstrukce stavby a.s. z siedzibą w B., Czechy, (...) oraz

[3] N. M. Sp. z o.o. z siedzibą w D., (...)

– zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli 20.11.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) badanie i ocenę ofert;
- 2) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę P. U. T. „I.” Sp. z o.o. z siedzibą w Z. (dalej wykonawca I.), zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy I., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w szczególności przez składanie fałszywych informacji o oddelegowaniu pana T. K. i sposobie realizacji udostępnienia tego potencjału osobowego na dzień składania ofert;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez podejmowanie działań sprzecznych z prawem i dobrymi obyczajami tj. posługiwanie się sfałszowanym dokumentem tj. Porozumieniem

z 5.05.2016 r. w celu dowiedzenia sposobu realizacji dysponowania udzielonym dla wykonawcy I. zasobem osobowym przez podmiot T. W. Sp. z o.o.;

- 3) art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp przez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wezwaniu wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w celu potwierdzenia realności sposobu udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego tj. spółki T. W. co do osoby p. T. K.;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp tj. podmiotowi, który nie spełniał warunków udziału w przetargu i który posłużył się nieprawdziwymi informacjami mającymi nie tylko potencjalny, ale i bezpośredni wpływ na wynik postępowania oraz wobec podejmowania przez wykonawcę I. czynów nieuczciwej konkurencji, a także wobec naruszeń przepisów art. 26 ust. 3 lub 4 w zw. z art 26 ust. 2b Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. U. T. „I.” Sp. z o.o. z siedzibą w Z.;
- 2) wykluczenia z postępowania wykonawcy I.;
- 3) nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert.

Jednocześnie odwołujący wnosi o dopuszczenie do rozpoznania przez KIO dowodów przedstawionych wraz z odwołaniem oraz dowodów przedstawionych na rozprawie w zakresie okoliczności wskazanych w odwołaniu i zarzutów w nim stawianych.

Dodatkowo wnoszę o dołączenie przeprowadzenie dowodu z akt sprawy KIO 2019/17.

Argumentacja odwołującego

Stan prawny

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed 28 lipca 2016 r., w związku czym do niego stosuje się przepisy Pzp obowiązujące przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (art. 16 tej ustawy).

Rozstrzygnięcie postępowania przetargowego, dotychczasowy przebieg postępowania przetargowego

Pismem z 10.11.2017 r. (znak MZDiT.ZP.3411-191/2016) przekazany faksem odwołujący został powiadomiony o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego zawierającego informację o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, którą w ocenie zamawiającego złożył wykonawca P. U. T. I. Sp. z o.o. z siedzibą w Z. (dalej I.).

Czynność ta została dokonana po uprzednim unieważnieniu pierwszego rozstrzygnięcia, w którym wybrana została oferta odwołującego.

Należy tutaj wskazać, że wyrokiem z 11.10.2017 r. (sygn. akt KIO 2019/17) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego (I.) z postępowania oraz odrzucenia jego oferty oraz nakazała ponowne badania i ocenę ofert wraz z ofertą odwołującego.

Dowód: wyrok KIO z 11 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2019/17).

Zamawiający wykonał wyrok KIO unieważniając ww. czynności oraz przystąpił do badania i oceny, co dokonał tego samego dnia i tego samego dnia tj. 10.11.2017 r. rozstrzygnął przetarg.

Dowód: unieważnienie czynności – pismo zamawiającego z 10.11.2017 r. (znak MZDiT.ZP.3411-191/2016).

Uzasadnienie zarzutów odwołania

Odwołujący kwestionuje prawidłowość oraz zgodność z przepisami czynności polegających na ponownym badaniu i ocenie ofert oraz dokonanym na ich skutek wyborze oferty wykonawcy I..

W ocenie odwołującego zamawiający miał bezwzględny obowiązek wykluczenia tego wykonawcy zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (tj. w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp), który stanowi, że „Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”.

Przechodząc do stanu faktycznego sprawy, należy wskazać, że podczas postępowania przed KIO prowadzonego z odwołania wykonawcy I., o którym mowa we wskazanym wyżej wyroku wykonawca ten reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika w trakcie mowy podsumowującej swoje stanowisko doręczył Izbie, zamawiającemu oraz przystępującemu (obecny odwołujący) uwierzytelniony za zgodność z oryginałem odpis „Porozumienia” zawartego 5.05.2016 r. pomiędzy wykonawcą I. a Przedsiębiorstwem Telekomunikacyjnym T. W. Sp. z o.o. (dalej jako T.).

W porozumieniu tym podmiot T. zobowiązuje się w razie udzielenia wykonawcy I. zamówienia oddelegować p. T. K. do pracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia tj. do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci teletechnicznych.

Zgodnie z treścią tego „Porozumienia” oddelegowanie miało nastąpić na zasadach określonych przepisami ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r., poz. 1666 ze zm.). Podmiot T. oświadczył również, że uzyskał zgodę p. K. na oddelegowanie go do pracy przy realizacji Zamówienia. Podmiot T. zobowiązał się również przekazać wykonawcy I. wszelkie dokumenty i informacje niezbędne do złożenia przez wykonawcę I. oferty na realizację zamówienia. Dokument ten został przedstawiony w formie jednostronnie podpisanej przez prokurentów spółki T..

Dowód: Porozumienie z 5.05.2016 r. pomiędzy wykonawcą I. a T. W. Sp. z o.o.

Co ważne, porozumienie datowane jest na 5.05.2016 r., tj. z identycznej daty jak oświadczenie podmiotu T. o zobowiązaniu do udostępnienia swoich zasobów wykonawcy I. stanowiące załącznik do oferty wykonawcy I. (okoliczność bezsporna).

Dowód: Oświadczenie potwierdzające dysponowanie zasobami innego podmiotu z dnia 5 maja 2016 r.

Odwołujący stwierdza, że dokument „Porozumienie” z 5.05.2016 r. jest dokumentem sfałszowanym i sporządzonym z całą pewnością po dacie składania ofert. Celem powołania tego dokumentu było potwierdzenie przyjętego na potrzeby odwołania stanowiska wykonawcy I., że oddelegowanie p. T. K. nastąpi zgodnie z przepisami Kodeksu Pracy tj. w trybie art. 174¹ Kp taka bowiem forma gwarantowałaby realność udostępnienia potencjału osobowego.

O nieprawidłowościach tego dokumentu tj. jego antydatowaniu świadczy niezbiecie to, że jego autor powołuje się na tekst jednolity Kodeksu Pracy ogłoszony obwieszczeniem Marszałka Sejmu z 8 września 2016 r. w Dzienniku Ustaw z 2016 r. poz. 1666, który został opublikowany 12 października 2016 r., czyli ponad dwa miesiące po dacie otwarcia ofert, które to otwarcie ofert miało miejsce 26 czerwca 2016 r.

Powołanie się na oznaczenie konkretnego numeru Dziennika Urzędowego, który nie istniał w dacie sporządzenia porozumienia, tj. w dacie, kiedy nie było wiadomo o dacie publikacji obwieszczenia tekstu jednolitego Kodeksu pracy nie może być w naturalny sposób przyjęte za oczywistą omyłką lub błąd pisarski. Nie jest obiektywnie możliwe ustalenie numeru wydania organu promulgacyjnego na 2 miesiące przed jego opublikowaniem. Tym samym działanie polegające na sporządzeniu dodatkowego dokumentu po dacie otwarcia ofert, jest działaniem niewątpliwie zamierzonym i celowym, które należy odczytywać w kontekście dat, zdarzeń oraz okoliczności w jakich wykonawca I. się na nie powołał.

Dowód: wyciąg z Dziennika Ustaw z 2016 r. poz. 1666,
informacja z otwarcia ofert z 26.06.2016 r.

Powyższe oznacza, że w dacie udzielenia zobowiązania do udzielenia zasobów, nie istniało żadne porozumienie ani zobowiązanie, na mocy którego pracownik T. K. miałby zostać oddelegowany do pracy u wykonawcy I.. Nie było też zgody T. K. na oddelegowanie, ponieważ 5.05.2016 r. takie oświadczenie lub zapewnienie nie zostało złożone. Nie istniało również zobowiązanie do przekazania wszelkich dokumentów i informacji niezbędnych do złożenia przez wykonawcę I. oferty na realizację zamówienia.

Powyższe również oznacza, że na dzień składania ofert zobowiązania spółki T. do udzielenia swoich zasobów przez oddelegowanie pracownika na zasadach określonych w kodeksie pracy było zgoła nieprawdziwe i nierealne, o czym świadczy fakt, że takie zobowiązanie powstało dopiero po dacie składania ofert.

Okoliczności te mają zatem nie tylko potencjalny, ale również bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Brak zapewnienia oddelegowania p. T. K. na dzień składania ofert przesądza o niespełnianiu warunków udziału w postępowaniu wykonawcy I..

Odwołujący stwierdza, że wykonawca I. w sposób umyślny przekazał nieprawdziwe informacje, w trakcie postępowania w ramach składanych wyjaśnień zgodnie, z którymi p. T. K. miał być oddelegowany, a jak następnie przekonywano w trakcie postępowania odwoławczego miało to nastąpić w trybie kodeksu pracy, czyli zgodnie z dyspozycją art. 174¹ Kodeksu Pracy. Zobowiązanie takie zostało dopiero realnie udzielone wykonawcy I. po dacie składania ofert.

Dowód: wyjaśnienia wykonawcy I. – pismo z 11.08.2017 (znak 112/08/2017)
odwołanie I. z 25.09.2017 r. – w aktach sprawy KIO 2019/17),
protokół rozprawy w sprawie KIO 2019/17 – w aktach sprawy KIO 2019/17.

W związku z powyższym wobec dokonania wyboru oferty wykonawcy I. niewątpliwie doszło do naruszenia dyspozycji przepisu art. 24 ust. 3 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podnosi również, że posługiwanie się w postępowaniu przetargowym sfałszowanym dokumentem w celu uzyskania zamówienia niewątpliwie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Falszerstwo dokumentu nastąpiło, w celu uzyskania korzyści majątkowej, ponieważ zostało ono przekazane zamawiającemu w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i miało dowodzić przyjętego przez wykonawcę I. sposobu realizacji zobowiązania do udzielenia zasobów podmiotu trzeciego. Taki czyn jest wprost sprzeczny z przepisami prawa, w szczególności prawa karnego tj. przepisami art. 297 § 1 Kk, art. 270 Kk oraz niewątpliwie dobrymi obyczajami.

Tym samym taki czyn należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi „Czynem nieuczciwej

konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie odwołującego zachodzi tutaj podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy I. z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, czego zamawiający zaniechał.

Wskazany przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp służy eliminacji z postępowania wykonawców, którzy podejmują się skrajnie nieuczciwych praktyk jak to ma miejsce w przypadku wykonawcy I.. Nie może być bowiem nagradzany uzyskaniem wielomilionowego zamówienia podmiot, który dopuszcza się co najmniej umyślnym posługiwaniem sfałszowanym dokumentem. W przeciwnym wypadku zapewnienie zasad uczciwej konkurencji na gruncie ustawy Pzp będzie fikcją.

Już tylko z daleko posuniętej ostrożności zamawiający przeprowadzając ponowne badanie ocenę ofert, w przypadku gdyby miał jakiegokolwiek wątpliwość co do braku umyślności działania wykonawcy I., zamawiający powinien był dokonać wezwania w trybie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp i wezwać wykonawcę I. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, jak również wezwać do dalszych wyjaśnień i złożenia dokumentów w zakresie sposobu realizacji udostępnienia zasobów osobowych przez spółkę T. oraz ustalenia realności tego zobowiązania.

Zgodnie z art 26 ust. 2b Pzp wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, nie tylko że podmiot udostępniający dany zasób (potencjał) rzeczywiście go posiada, ale również że jego udostępnienie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie nastąpi w sposób realny – na potrzeby wykonania zamówienia publicznego.

Z pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego powinno zatem wynikać, że udostępnienie zasobu jest rzeczywiste i sposób korzystania z niego przez wykonawcę zapewni należyte wykonanie zamówienia publicznego. W świetle przywołanych wyżej okoliczności oraz wobec lakonicznej treści zobowiązania spółki T., w którym widnieje jedynie niejasne oświadczenie o oddelegowaniu T. K. bez określenia jego faktycznego sposobu realizacji nie sposób w sposób obiektywny stwierdzić, że zobowiązanie to jest realne.

W sytuacji kiedy odpada przesłanka oddelegowania pracownika na podstawie art. 174¹ Kp, o czym była mowa wyżej, z całą pewnością wykonawca I. oraz T. nie mógł zastosować art. 42 § 4 Kp, chociażby z uwagi na bardzo krótki okres, o którym mowa w tym przepisie (tj. 3 miesiące], co oznacza że niemożliwym byłoby wykonanie zamówienia, którego realizacja ma trwać 4 lata.

Ponadto oddelegowanie takie (a więc sytuacja, w której nie dochodzi do zmiany pracodawcy a jedynie miejsca bądź charakteru świadczonej pracy] wymagałoby zawarcia pomiędzy firmami umowy o świadczenie usług, na podstawie której jedna podejmie się świadczenia usług na rzecz drugiej.

Ważne jest jednak, aby spółka świadcząca usługę zachowała w jej trakcie pełny nadzór nad swoimi pracownikiem i aby pozostał on w jej dyspozycji. Musi to być autentyczna usługa świadczona przez firmę, a nie oddanie swojego pracownika do dyspozycji drugiej firmy. Takiej formy współpracy jednak w ocenie odwołującego wykonawca I. w ogóle nie zakładał, gdyż przedłożone sfałszowane Porozumienie, zakładało niewątpliwie zmianę pracodawcy, ponieważ tylko w takim przypadku wymagana jest zgoda pracownika.

Należy również zauważyć, że takie oddanie pracownika do dyspozycji innego pracodawcy ma charakter usługi pracy tymczasowej, którą świadczyć mogą zgodnie z przepisami tylko zarejestrowane agencje. Należy tutaj przypomnieć, że zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 4 i pkt 2 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, działalność agencji pracy tymczasowej jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy o działalności gospodarczej i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia. Według wiedzy odwołującego podmiot T. nie jest zarejestrowaną agencją pracy tymczasowej i nie może zgodnie z przepisami świadczyć tego rodzaju usługi, co czyni jego zobowiązanie do udostępnienia potencjału osobowego jako zobowiązanie o pozornym charakterze.

Przedstawione powyżej wątpliwości zamawiający winien był wziąć pod uwagę w trakcie badania oferty wykonawcy I. skoro sam tego rodzaju stanowisko prezentował na etapie wykluczania tego wykonawcy wyrokując, że podmiot T. będzie podwykonawcą. Wobec tego, że Izba prawomocnie orzekła, że podmiot T. podwykonawcą nie będzie, pozostaje niewątpliwie do wyjaśnienia jak w świetle przedstawionych okoliczności faktycznych oraz prawnych ma zostać zrealizowane udostępnienie potencjału osobowego w zakresie p. T. K., ponieważ jest to obecnie stanowczo bardziej wątpliwe niż na etapie poprzedniego rozstrzygnięcia.

Nakazanie przez Izbę ponownego badania oferty wykonawcy I., w żaden sposób nie ograniczało zamawiającego w ponownym i rzetelnym wyjaśnieniu tej kwestii, tym bardziej, że uzyskał on dodatkowe nowe informacje związane z posłużeniem się przez tego wykonawcę sfałszowanym dokumentem.

W ocenie odwołującego zamawiający bezsprzecznie zaniechał czynności badania oferty wykonawcy I. w tym zakresie wiedząc o fałszerstwie dokumentu, co było jego obowiązkiem skoro przyjęty przez niego sposób realizacji udostępnienia zasobów okazał się nieprawdziwy na dzień składania ofert. Zamawiający po unieważnieniu poprzedniego rozstrzygnięcia przetargu w części objętej orzeczeniem Izby nie podjął żadnej dodatkowej czynności wobec oferty wykonawcy I., nie wezwał do złożenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów np. przez zażądanie złożenia oryginału Porozumienia z dnia 5 maja 2016 r. w celu zlecenia wykonania ekspertyzy przez biegłego, czy też zażądanie wyjaśnień dlaczego zostało ono podpisane jednostronnie etc. Zamawiający zapewne nie chcąc przedłużyć postępowania

dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty poprzestając na złożeniu zawiadomienia do prokuratora o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

Odwołujący stwierdza, że zamawiający jest świadomy umyślnego działania wykonawcy I., o czym świadczy fakt złożenia przez zamawiającego zawiadomienia o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Okoliczność podania fałszywych informacji nie opiera się przy tym na subiektywnych przypuszczeniach, ale na dowodach.

Odwołujący zastrzega prawo przedłożenia podczas rozprawy przed KIO stosownych dowodów na potwierdzenie przywołanych zarzutów, czego nie może uczynić na tym etapie odwołania z uwagi na niedostępność informacji przez właściwe organy.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wskazuje, że przywołana argumentacja dowodzi, że zamawiający dopuścił się naruszenia przytoczonych w odwołaniu przepisów Pzp, wobec czego odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 20.11.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 20.11.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

23.11.2017 r. wykonawca P. U. T. I. Sp. z o.o. z siedzibą w Z., (...) złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 04.12.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o rozpoznanie odwołania przez Izbę.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby:

zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy I., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w szczególności przez składania fałszywych informacji o oddelegowaniu p. T. K. i sposobie realizacji udostępnienia tego potencjału osobowego na dzień składania ofert oraz

zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp tj. podmiotowi, który nie spełniał warunków udziału w przetargu i który posłużył się nieprawdziwymi informacjami mającymi nie tylko potencjalny, ale i bezpośredni wpływ na wynik postępowania oraz wobec podejmowania przez wykonawcę I. czynów nieuczciwej konkurencji, a także wobec naruszeń przepisów art. 26 ust. 3 lub 4 w zw. z art 26 ust. 2b Pzp
– zasługują na uwzględnienie.

Zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez podejmowanie działań sprzecznych z prawem i dobrymi obyczajami tj. posługiwanie się sfałszowanym dokumentem tj. Porozumieniem z 5.05.2016 r. w celu dowiedzenia sposobu realizacji dysponowania udzielonym dla wykonawcy I. (obecnego przystępującego) zasobem osobowym przez podmiot T. W. Sp. z o.o. oraz

zarzut trzeci naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp przez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wezwaniu wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w celu potwierdzenia realności sposobu udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego tj. spółki T. W. co do osoby p. T. K.
– nie potwierdziły się.

Izba stwierdza, że w postępowaniu wykonawca I. (obecny przystępujący) w celu wykazania realności udostępnienia zasobów osobowych przez inny podmiot (T. W. Sp. z o.o.) posłużył się dokumentem z 5.05.2016 r. Zamawiający nie wziął pod uwagę znajdującej się w tym dokumencie sprzeczności. Otóż autor dokumentu zawarł w dokumencie z 5.05.2016 r. informację, że oddelegowanie p. T. K. nastąpi zgodnie z przepisami Kodeksu Pracy, tj. w trybie art. 174¹ Kp, taka bowiem forma gwarantowałaby realność udostępnienia potencjału osobowego. Jednak przytaczając przepis art. 174¹ Kp autor wskazał miejsce publikacji tekstu jednolitego Kodeksu Pracy w Dzienniku Ustaw z 2016 r. poz. 1666. Rzeczywiście we wskazanym akcie promulgacyjnym zostało opublikowane obwieszczenie Marszałka Sejmu z dnia 8 września 2016 r., a obwieszczenie to zostało opublikowane 12 października 2016 r.

Izba musi stwierdzić, że nie ma możliwości, aby w piśmie z 5.05.2016 r. autor mógł co do dnia przewidzieć ukazanie się tekstu jednolitego ustawy – Kodeks Pracy i aby autor przytoczył dokładny numer Dziennika Ustaw, który został opublikowany 12.10.2016 r. W związku z tym zamawiający powinien uznać, że dokument z 5.05.2016 r. nie jest wiarygodny i nie został sporządzony 5.05.2016 r., ale znacznie później i zwłaszcza później niż upłynął termin składania ofert – 26.06.2016 r. Wobec tego zamawiający powinien stwierdzić, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i powinien wykluczyć tego wykonawcę (obecnego przystępującego) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, który brzmiał »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania«. Mimo, że obecnie przepis ten jest uchylony nowelizacją z czerwca 2016 r., jednak ze względu na publikację ogłoszenia o tym postępowaniu 15.04.2016 r. do postępowania należy stosować przepisy w brzmieniu opublikowanym w Dzienniku Ustaw z 2015 r. poz. 2164, co nie jest sporne i zostało potwierdzone ustnie do protokołu przez strony i uczestnika postępowania na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy. Izba podkreśla, że przepis stanowiący podstawę wykluczenia wykonawcy I. (obecnego przystępującego) należy stosować do rozpoznawanego postępowania zgodnie z przepisem art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020). Przepis ten brzmi »Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe«.

Ponadto Izba podkreśla, że zapadły w tym samym postępowaniu przetargowym wyrok z 11 października 2017 r., sygn. akt KIO 2019/17, nakazywał zamawiającemu cyt. »...

unieważnienie: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego (obecnego przystępującego) z postępowania oraz odrzucenia jego oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert wraz z ofertą odwołującego [obecnego przystępującego]» (str. 1 ust. 1 wyroku o sygn. akt KIO 2019/17). Zamawiający nie był na podstawie tego wyroku zobowiązany do wyboru oferty żadnego konkretnego wykonawcy, ale zamawiający został zobowiązany do ponownej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do ponownego badania i oceny ofert, a w trakcie tych wszystkich czynności zamawiający powinien wziąć pod uwagę ofertę odwołującego. Jednak Izba nie wskazała, że wykonawca ten i jego oferta mają być jakoś szczególnie traktowani, a zwłaszcza, że oferta tego wykonawcy ma zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Przed przystąpieniem do badania i oceny ofert zamawiający powinien dokonać oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż przytaczany wyrok nakazywał zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, które następuje w fazie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, która to czynność ze względu na oczywistość jej przeprowadzenia nie została w wyroku wyeksponowana. Izba wskazuje, że w ramach czynności ponownej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie mógł pominąć złożonego w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2019/17 dokumentu porozumienia z 5.05.2016 r., jako że stanowił on podstawę uwzględniania odwołania w tamtej sprawie i nakazania zamawiającemu dokonania określonych w sentencji tego orzeczenia czynności.

O kolejności czynności zamawiającego po otwarciu ofert stanowi art. 20 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do [2] badania i [3] oceny ofert«. Ponadto ze względu na zarzuty poprzedniego odwołania (sygn. akt KIO 2019/17) Izba nie rozpoznawała wszystkich aspektów i przesłanek wykluczenia wykonawcy (obecnego przystępującego), dlatego nie mogła wskazać wykazanej obecnie przyczyny wykluczenia tego wykonawcy, a ogólnie Izba nakazała ponowne badanie wszystkich ofert, bez zastrzegania, że dotyczy to ofert, które podlegają badaniu, bo jest to naturalne.

Z przytoczonych wyżej powodów zamawiający nie powinien stosować art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, który stanowi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«. W rozpoznawanej sprawie oferta wykonawcy (obecnego przystępującego) nie może już dojść do etapu badania ofert, gdyż wcześniej zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę (obecnego przystępującego) z postępowania, o czym wyżej. Następnie taką

ofertę zamawiający powinien traktować jako odrzuconą i nie poddawać tej oferty dalszemu badaniu na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«. Odwołujący nie dowiódł, że zamawiający w trakcie postępowania przetargowego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, bo nie powinien stosować tego przepisu i nie zastosował go. Dlatego nie można stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, ale nie ma to wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp – przez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wezwaniu wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w celu potwierdzenia realności sposobu udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego tj. spółki T. W. co do osoby p. T. K. – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zdaniem Izby przepisy te nie znajdują zastosowania w razie stwierdzenia nieprawdziwych informacji w dokumencie, który miałby następnie podlegać wyjaśnieniu, bądź uzupełnieniu.

Ponadto Izba, wobec treści przepisu art. 26 ust. 3 Pzp w brzmieniu obowiązującym w rozpoznawanym postępowaniu przetargowym, musi stwierdzić, że zamawiający powinien traktować ofertę wykonawcy (obecnego przystępującego) za odrzuconą. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp w brzmieniu obowiązującym w rozpoznawanym postępowaniu przetargowym stanowi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«. W związku z koniecznością uznania oferty wykonawcy (obecnego przystępującego) za odrzuconą, na podstawie wyżej cytowanego art. 24 ust. 4 Pzp, zarzut trzeci złożony przez odwołującego nie może być uwzględniony, gdyż zamawiający nie był zobowiązany do wzywania wykonawcy (obecnego przystępującego) do złożenia oświadczeń bądź dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy (obecnego przystępującego) do złożenia wyjaśnień dotyczących jakichkolwiek oświadczeń

lub dokumentów co wynikałoby z art. 26 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1«.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp tj. podmiotowi, który nie spełniał warunków udziału w przetargu i który posłużył się nieprawdziwymi informacjami mającymi nie tylko potencjalny, ale i bezpośredni wpływ na wynik postępowania oraz wobec podejmowania przez wykonawcę l. czynów nieuczciwej konkurencji, a także wobec naruszeń przepisów art. 26 ust. 3 lub 4 w zw. z art 26 ust. 2b Pzp – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna być uznana za odrzuconą stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp. Przepisy te stanowiły (art. 7 ust. 1 Pzp) »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców« i (art. 7 ust. 3 Pzp) »Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«.

Odwołujący wykazał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

Po zakończeniu rozprawy przystępujący wniósł pismo – uzupełnienie protokołu, jednak ze względu na wniesienie tego pisma po zakończeniu rozprawy pismo nie było brane pod uwagę przez Izbę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....