

Wyrok
z dnia 29 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Puchalski

Warszawie odwołania po rozpoznaniu na

rozprawie w dniu 29 grudnia 2015 r. w

wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2015 r. przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Silvana, ul.**

H. Sienkiewicza 5, 63-500 Ostrzeszów, w skład którego wchodzi P. K.

Przedsiębiorstwo Prac Leśnych Silva – Opus z siedzibą Kuźniki 16a, 63-500

Ostrzeszów (pełnomocnik wykonawców), J. K. Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i

Transportowych Silva – Labor z siedzibą w Gołuchowie, S. S. Firma Usług Leśnych

Nowa z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, B. S. Firma Handlowo Usługowa JAWOR z

siedzibą w Aleksandrii, D. P. Usługi Leśne Dar-Grab z siedzibą w Szekurłatach, M. J.

Usługi Leśne i Transportowe MAXLAS z siedzibą w Grodzisku, K. S. wspólnik spółki

cywilnej Zakład Usług Leśnych SOLAR z siedzibą w Brzezinał, W. S. wspólnik spółki

cywilnej Zakład Usług Leśnych SOLAR z siedzibą w Brzezinał i K. K.

Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Transportowych SILVA z siedzibą w Gołuchowie

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe

– Nadleśnictwo Antonin, ul. Wrocławska 11, 63-421 Przygodzice,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. R. oraz L.

K. działających w formie spółki cywilnej: **Firma Handlowo-Usługowa UNILAS s.c. K. R., L.**

K., Rosocha 8, 62-814 Blizanów zgłaszających przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie zamawiającego.

1

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: **Konsorcjum Silvana, ul. H.**

Sienkiewicza 5, 63-500 Ostrzeszów, w skład którego wchodzi P. K.

Przedsiębiorstwo Prac Leśnych Silva – Opus z siedzibą Kuźniki 16a, 63-500

Ostrzeszów (pełnomocnik wykonawców), J. K. Przedsiębiorstwo Usług Leśnych

i Transportowych Silva – Labor z siedzibą w Gołuchowie, S. S. Firma Usług

Leśnych Nowa z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, B. S. Firma Handlowo

Usługowa JAWOR z siedzibą w Aleksandrii, D. P. Usługi Leśne Dar-Grab z

siedzibą w Szekurłatach, M. J. Usługi Leśne i Transportowe MAXLAS z siedzibą

w Grodzisku, K. S. wspólnik spółki cywilnej Zakład Usług Leśnych SOLAR z

siedzibą w Brzezinał, W. S. wspólnik spółki cywilnej Zakład Usług Leśnych

SOLAR z siedzibą w Brzezinał i K. K. Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i

Transportowych SILVA z siedzibą w Gołuchowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

Konsorcjum Silvana, ul. H. Sienkiewicza 5, 63-500 Ostrzeszów, w skład

którego wchodzi P. K. Przedsiębiorstwo Prac Leśnych Silva – Opus z

siedzibą Kuźniki 16a, 63-500 Ostrzeszów (pełnomocnik wykonawców), J. K.

Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Transportowych Silva – Labor z siedzibą

w Gołuchowie, S. S. Firma Usług Leśnych Nowa z siedzibą w Ostrowie

Wielkopolskim, B. S. Firma Handlowo Usługowa JAWOR z siedzibą w

Aleksandrii, D. P. Usługi Leśne Dar-Grab z siedzibą w Szekurłatach, M. J.

Usługi Leśne i Transportowe MAXLAS z siedzibą w Grodzisku, K. S.

wspólnik spółki cywilnej Zakład Usług Leśnych SOLAR z siedzibą w

Brzezinał, W. S. wspólnik spółki cywilnej Zakład Usług Leśnych SOLAR z

siedzibą w Brzezinał i K. K. Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i

Transportowych SILVA z siedzibą w Gołuchowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawców **Konsorcjum Silvana, ul. H. Sienkiewicza 5, 63-500 Ostrzeszów, w skład którego wchodzi P. K. Przedsiębiorstwo Prac Leśnych Silva – Opus z siedzibą Kuźniki 16a, 63-500 Ostrzeszów (pełnomocnik wykonawców), J. K. Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Transportowych Silva – Labor z siedzibą w Gołuchowie, S. S. Firma Usług Leśnych Nowa z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, B. S. Firma Handlowo Usługowa**

2

JAWOR z siedzibą w Aleksandrii, D. P. Usługi Leśne Dar-Grab z siedzibą w Szklarkach, M. J. Usługi Leśne i Transportowe MAXLAS z siedzibą w Grodzisku, K. S. wspólnik spółki cywilnej Zakład Usług Leśnych SOLAR z siedzibą w Brzezinach, W. S. wspólnik spółki cywilnej Zakład Usług Leśnych SOLAR z siedzibą w Brzezinach i K. K. Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Transportowych SILVA z siedzibą w Gołuchowie na rzecz **Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Antonin, ul. Wrocławska 11, 63-421 Przygodzice** kwotę **4 434 zł 21 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta trzydzieści cztery złote dwadzieścia jeden groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego (3 600 zł) oraz z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę (834 zł 21 gr).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Kaliszu**.

Przewodniczący:

3

Sygn. akt KIO 2714/15

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Antonin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Antonin w latach 2016-2018” Numer postępowania: Z.270.21.201

Odwołujący: Konsorcjum Silvana, Ostrzeszów, ul. H. Sienkiewicza 5, reprezentowane przez Silva Opus Przedsiębiorstwo Prac Leśnych P. K., z siedzibą: Kuźniki 16A, 63-500 Ostrzeszów wniósł odwołanie od zaniechania czynności przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. Zaniechanie czynności weryfikacji przesłanek wykluczenia wykonawcy: Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8;
 2. Zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne wykonawcy: Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8;
 3. Zaniechanie czynności sprawdzenia oferty wykonawcy jw.
 4. Zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości dotyczących oferty wykonawcy jw. pomimo powzięcia informacji wskazujących konieczność przeprowadzenia czynności wyjaśniających;
 5. Zaniechanie czynności odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy jw.
 6. Dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty wykonawcy: Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 z rażącym naruszeniem Prawa zamówień publicznych;
 7. Zaniechanie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty wykonawcy jw. : w związku z pojawieniem się dowodów mających bezpośredni wpływ na przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne.
- Postępowanie Zamawiającego narusza następujące przepisy ustawy pzp:
1. art. 7 ust. 1 poprzez prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
 2. art. 22 ust. 1 poprzez dopuszczenie do oceny oferty wykonawcy Firmy Handlowo -

Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne;
3. art. 24 ust. 2 pkt. 3) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy jw. który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4. art. 24 ust. 2 pkt. 4) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy jw., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

4

5. art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy jw. do złożenia wyjaśnień dotyczących nieprawdziwych oświadczeń, które mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
6. art. 44 poprzez zaniechanie sprawdzenia prawdziwości oświadczenia wykonawcy jw. o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu;
7. art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty wykonawcy jw., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
8. art. 89 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy jw, który podlega wykluczeniu;
9. art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy jw. wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
10. art. 91 ust. 1 poprzez dokonanie czynności wyboru oferty wykonawcy jw. podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;
11. art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie unieważnienia czynności wyboru oferty
- oferty wykonawcy jw. w związku z doręczeniem dowodów najkorzystniejszej potwierdzających, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
12. art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy jw. której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
Odwołujący wnosi o:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonanie powtórzenia analizy ofert oraz dokumentów i materiałów, którymi Zamawiający dysponuje w toku postępowania o zamówienie publiczne, a dotyczących nieprawdziwych informacji złożonych przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu;
3. dokonanie powtórzenia weryfikacji wykonawców pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne;
4. dokonanie wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
5. dokonanie wykluczenia wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu;
6. odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego;
7. odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
8. dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert;
9. dokonanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący złożył ważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Posiada interes w złożeniu odwołania ponieważ w przypadku odrzucenia oferty Firmy Handlowo-Usługowej

5

UNILAS s.c. K. R., L. K. z siedzibą w Blizanowie oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, co wynika wprost z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie odwołujący wskazuje, że w wyniku skarżonej czynności odwołującego ponosi szkodę w związku z brakiem udzielenia zamówienia polegającą na utracie spodziewanego zysku a także koniecznością ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej. Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.
Zamawiający naruszył wymienione przepisy Prawa zamówień publicznych, ponieważ w trakcie analizy i oceny ofert oraz po powzięciu informacji i otrzymaniu dowodów mających istotne znaczenie dla postępowania nie wykluczył z postępowania o zamówienie publiczne wykonawcy: Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 oraz nie odrzucił oferty tego wykonawcy. Zamawiający nie dokonał również właściwego sprawdzenia oferty tego wykonawcy oraz wyjaśnienia wszelkich wątpliwości. W ocenie Odwołującego się wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania o

zamówienie publiczne, a jego oferta z mocy prawa podlega odrzuceniu.

Odwołujący powiadomił Zamawiającego o istotnych dla zamówienia informacjach i dowodach. Zamawiający pomimo obowiązku zaniechał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nie dokonał czynności wyjaśnienia wątpliwości i sprawdzenia uzyskanych informacji. Zobowiązany był do tego na mocy ugruntowanej praktyki, którą potwierdza wyrok KIO 2575/13, który orzekł, iż: „Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do Weryfikowania informacji podanych przez wykonawców i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania”. Podobnie w wyroku KIO 1649/13.

I. Niespełnianie przez wykonawcę: Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 warunków udziału w postępowaniu (dalej również Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K.).

1. Brak dysponowania minimalną liczbą osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Wskazany wykonawca z ofertą złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału (zał 4 do siwz), oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia (zał. 5 do siwz), wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (zał. 7 do siwz).

W formularzach oferty złożonych na część I, II i III zamówienia wykonawcy złożyli oświadczenie o zapoznaniu się z siwz, wzorem umowy i wszelkimi niezbędnymi informacjami

6

(oświadczenie zał. nr 1 do siwz). Odwołujący wskazał na postanowienia siwz dot.

wykonywania umowy przez osoby wskazane w ofercie oraz warunki zmiany tych osób.

W odniesieniu do części I i II wybrany wykonawca nie skorzystał z prawa wynikającego z art. 26 ust. 2 b, a w odniesieniu do części III w zakresie dysponowania potencjałem technicznym wskazał Zakład Usług Leśnych „KLON” K. A., Jabłonna 24, 62-710 Władysławów. W ofercie przedstawiono wykaz osób dla I, II i III części.

Wykonawca wykonuje obecnie na rzecz Nadleśnictwa Grotniki usługi z zakresu gospodarki leśnej przy pomocy sześciu wymienionych osób. Osoby te wykonujące zamówienie zaangażowane są w pełnym wymiarze czasu pracy, czego wymaga zabezpieczenie pozyskania 1700 m3 drewna. Osoby te są zatrudnione na umowę o pracę i w stosunku do tych osób zastosowanie mają przepisy z zakresu prawa pracy. Zatrudnienie na umowę o pracę osób: N. S., P. M., S. A., S. P., J. A., K. W. wynika z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonego przez Nadleśnictwo Antonin.

Dowód: SIWZ, zn. spr. ZG-5-2710-8/14, wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie ze strony wykonawcy; wyciąg z umowy nr UL-2710-6/15 z dnia 27.02.2015; Zawarty w ofercie wykaz osób, które wykonują zamówienie dla Nadleśnictwa Grotniki jest aktualny, co potwierdza oświadczenie Nadleśnictwa Grotniki z dnia 02.12.2015, otrzymane w trybie dostępu do informacji publicznej, w którym stwierdzono, że „nie wystąpiła firma o zmianę osób wykonujących przedmiot umowy”.

Nie budzi wątpliwości fakt, że osoby wskazane przez wykonawcę realizują i są zobowiązane do realizowania zamówienia dla Nadleśnictwa Grotniki.

Osoby, które zobowiązane są do realizowania umowy w Nadleśnictwie Grotniki i realizują tą umowę wskazane zostały przez wykonawcę jako osoby, które będą wykonywały zadanie w ramach postępowania o zamówienie publiczne w Nadleśnictwie Antonin, mianowicie: N. S., wskazany jest pod pozycją 14 na część I zamówienia.

P. M., wskazany jest pod pozycją 8 na część III zamówienia.

S. A., wskazany jest pod pozycją 5 na część III zamówienia.

S. P., wskazany jest pod pozycją 5 na część II zamówienia.

J. A., wskazany jest pod pozycją 6 na III część zamówienia.

K. W., wskazany jest pod pozycją 14 na część II zamówienia.

Z powyższego wynika, że wykonawca zaoferował w swojej ofercie/wskazał jako osoby, które będą wykonywały zamówienie - osoby, które w dacie składania oferty w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Antonin były na podstawie wcześniejszego zobowiązania zadysponowane i przydzielone do realizacji zamówienia na rzecz Nadleśnictwa Grotniki i nie

wykonawca nie miał prawa dysponować tymi osobami w innym postępowaniu o zamówienie publiczne.

W świetle przedstawionych dowodów w odniesieniu do zamówienia publicznego na niniejsze zadanie wykonawcy złożyli nieprawdziwe oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 PZP) ponieważ zgodnie z siwz na przedmiotowe zadanie - częścią 6 siwz pkt. 6.2 „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP dotyczące: „3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. (...) Warunek ten w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje: 3.1) a) dla części I co najmniej 15 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką (...) 3.11.) dla części II a) co najmniej 15 osobami które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką (...) 3.III.) dla części III a) co najmniej 10 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką (...)”.

W świetle SIWZ na przedmiotowe zadanie „dysponowanie” osobami jest równoznaczne ze wskazaniem osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Potwierdza to treść pkt. 6.4 SIWZ, który stanowi „6.4 Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia”/„nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach lub oświadczeniach złożonych przez Wykonawców, o których mowa w pkt. 7.” Dodatkowo prawidłowość takiej interpretacji potwierdza treść pkt. 6.6 SIWZ, który stanowi: „Jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie kilku części zamówienia to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia (za wyjątkiem os. kierującej i koordynującej prace), ani tego samego potencjału finansowego w więcej niż jednej części zamówienia.

Zgodnie z punktem 7 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” na podstawie pkt. 7.2 „W celu wykazania spełnienia warunków w postępowaniu dla każdej części zamówienia do oferty należy załączyć następujące oświadczenia i dokumenty: d) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz oświadczeniem, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu

zamówienia (wymienione w wykazie osób) posiadają wymagane uprawnienia (załącznik nr 7 do SIWZ)”

W świetle przedstawionych dowodów wykonawca Firma Handlowo - Usługowa UNILAS/.../ nie spełnia warunków udziału w postępowaniu na: część II i część III przedmiotowego postępowania, bowiem dysponuje tylko 14 osobami dla części II zamówienia przy minimalnym wymogu posiadania co najmniej 15 osób, a dla części III dysponuje tylko 8 osobami przy minimalnym wymogu posiadania co najmniej 10 osób.

W świetle powyższego na tej płaszczyźnie rozważań wykonawca złożył nie znajdujące potwierdzenia w rzeczywistości oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu dla części II i części III zamówienia. Oświadczenie złożone jest jedno dla całej oferty - dla wszystkich części zamówienia, co powoduje, że wykonawca powinien zostać wykluczony z całego postępowania - ze wszystkich części zamówienia na które złożył ofertę. Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w formie oświadczenia złożonego w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

2. Złożenie fałszywych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu;

złożenie fałszywych oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Złożone oświadczenie o spełnieniu warunków udziału jest w świetle przedstawionych

dowodów nieprawdziwe.

W przedmiotowej sprawie nie budzi żadnych wątpliwości i nie wymaga dodatkowego udowodnienia oświadczenie wykonawcy, który oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że zamówienie zostanie wykonane przez osoby wskazane w ofercie, kiedy osoby te są już w dyspozycji innego Zamawiającego, którego prawo do żądania wykonywania zamówienia (realizowania umowy) przez te osoby zagwarantowane jest treścią umowy i treścią oferty. Oświadczenie zostało złożone przez wykonawcę Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K. w postępowaniu o zamówienie publiczne, zawierało nieprawdziwą informację i miało na celu zdobycie zamówienia publicznego.

Jak już wyżej wspomniano ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Według „Słownika języka polskiego” pod red. W. Doroszewskiego „zdolny” to „mogący coś zrobić”.

Przyjmując zasadę racjonalnego ustawodawcy należy stwierdzić, że celem wprowadzenia do ustawy zapisu o konieczności posiadania potencjału było doprowadzenie do sytuacji, że potencjał ten będzie wykorzystywany właśnie do wykonania konkretnego zamówienia.

9

W przeciwnym wypadku mielibyśmy do czynienia ze swego rodzaju fikcją polegającą na „formalnym” spełnieniu warunków w dniu składania ofert a następnie wykonywaniu zamówienia przy pomocy zupełnie innego potencjału technicznego czy zasobów ludzkich. Jak to wykazano powyżej Firma UNILAS wykazała w niniejszym postępowaniu osoby, które zostały zgłoszone także w innych postępowaniach i biorą udział w wykonywaniu innych zamówień publicznych. Z całą pewnością zatem nie mogą one, nie są zdolne do wykonania zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Argumenty te są uzasadnione świetle samej siwz. Zgodnie z jej pkt. 6.6. „Jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie kilku części zamówienia to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia (za wyjątkiem os. kierującej i koordynującej prace), ani tego samego potencjału finansowego w więcej niż jednej części zamówienia”. Stosując wnioskowanie a minore ad maius przyjąć trzeba, że skoro zabronione jest posługiwanie się tym samym potencjałem przy ubieganiu się o kilka części zamówienia w tym samym nadleśnictwie to tym bardziej zabronione jest posługiwanie się tym samym potencjałem w ubieganiu się o zamówienie na terenie różnych nadleśnictw.

Stanowisko to zostało potwierdzone w piśmie z dnia 17 listopada 2015 roku, znak Zn. Spr.: SA.270.5.2015 Nadleśniczego Nadleśnictwa Kalisz, w którym stwierdzono, że „Jeżeli wykonawca ubiega się o udzielenie podobnego zamówienia w innym nadleśnictwie to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia, ani tego samego potencjału finansowego”. Stanowisko to ma znaczenie dlatego, że choć na gruncie Prawa zamówień publicznych każde nadleśnictwo jest samodzielnym zamawiającym, to z punktu widzenia prawa cywilnego działają oni w imieniu jednego podmiotu Lasów Państwowych jako jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa.

W tym miejscu wskazać należy na art. 47 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 885) zgodnie z którym podmiot wnioskujący o przyznanie środków publicznych na realizację wyodrębnionego zadania powinien przedstawić ofertę wykonania zadania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, gwarantującą wykonanie zadania w sposób efektywny, oszczędny i terminowy. Jak zauważa W. Misiąg (Ustawa o finansach publicznych. Komentarz C.H. Beck. 2014) „Dyrektiva rządząca kryteriami oceny ofert nakazuje takie ich kształtowanie, aby wybrana została oferta gwarantująca wykonanie zadania w sposób efektywny, oszczędny i terminowy.” Obowiązkiem zamawiającego jest

10

zatem takie ukształtowanie postępowania aby wykonawca rzeczywiście był w stanie wykonać zamówienia przy pomocy zasobów, które zgłosił w swej ofercie.

W związku z tym informacja o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zadania przedstawiona przez Firmę UNILAS jest informacją nieprawdziwą, gdyż z pewnością osoby te, ze względu na zaangażowanie przy wykonywaniu innych zadań nie są zdolne do wykonania zadania w przedmiotowym postępowaniu.

Należy w tym miejscu podkreślić, że wykaz osób, które będą wykonywały zamówienie, nie może zostać zmieniony w trybach przewidzianych w ustawie Pzp. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO 2403/13 „nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, a ewentualne inne działanie prowadziłoby do nadużyć i manipulowania wynikami.” Ponadto w odniesieniu do niniejszej sprawy należy zauważyć, że choć w ww. wyroku podkreślono, że: „Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Przez wynik postępowania bez wątpienia należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej, jednakże w przypadku omawianej przesłanki tak wąskie ujęcie wydaje się nie odpowiadać celowi przepisu. Zamawiający stwierdzając, że zachodzi okoliczność implikująca konieczność wykluczenia z postępowania, obowiązany jest czynności tej dokonać. Zamawiający powinien wykluczać wykonawców z postępowania niezwłocznie po uzyskaniu wiadomości o istnieniu przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy”, to w przedmiotowej sprawie nieprawdziwe informacje złożone przez wykonawcę w sposób bezpośredni mają wpływ na wynik postępowania. Tak więc zgodnie z ww. wskazanym wyrokiem „Art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Ta podstawa wykluczenia związana jest z zachowaniem wykonawcy w danym postępowaniu, które to zachowanie ustawodawca kwalifikuje jako naganne. W doktrynie i orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że ziszczenie się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy pozbawia wykonawcę możliwości udziału w postępowaniu i nie podlega konwalidacji np. poprzez uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, które zawierają nieprawdziwą informację, na oświadczenia lub dokumenty wolne od takiej wady w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ani przez wyjaśnienie treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, ani przez wyjaśnienie treści złożonej oferty, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, czy usunięcie nieprawdziwej informacji w drodze korekty omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy.” KIO podkreśliło w tym wyroku, że „nieprawdziwą informacją jest informacja niezgodna z rzeczywistością, sprzeczna z istniejącym stanem faktycznym. Informacja może ujawnić się zarówno w oświadczeniach czy dokumentach służących

11

weryfikacji podmiotowej wykonawcy (np. informacje zawarte w wykazie wykonanych usług mogą pozostawać w niezgodności z rzeczywistym zakresem zrealizowanego przedmiotu zamówienia, czasem wykonania, osobami). Nieprawdziwe informacje mogą ujawnić się także w dokumentach składających się na merytoryczną treść oferty, np. co do właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia, przyjętej technologii jego wykonania itp. W orzecznictwie nie budzi również wątpliwości rozkład ciężaru dowodowego przy podnoszeniu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Skład orzekający zauważa, iż wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy bezspornie 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. Ponadto interpretacja przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp powinna być związana z art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zwanej „dyrektywą klasyczną”. Z przepisu tego wynika, że z udziału z postępowania można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. W świetle wskazanej wykładni prawa regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy, kładąca nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez podanie

nieprawdziwych informacji, stanowi wskazówkę interpretacyjną art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Sądy okręgowe rozstrzygające skargi na orzeczenia Izby zapadłe w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przyjęły następującą interpretację: Nie można zaakceptować poglądu, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy winno nastąpić automatycznie bez Względu na przyczyny, z powodu których miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji. Przepis ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinonego i zamierzonego zachowania wykonawcy podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Złożenie nieprawdziwej informacji, o

12

której mowa w powołanym przepisie ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Ocena czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy, nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Taki sposób wykładni potwierdza także przepis art. 26 ust. 3, który nakazuje wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, które zawierają błędy oraz art. 87 ust. 2, który nakazuje poprawę omyłek w treści oferty. Analiza tych przepisów prowadzi do wniosku, że ustawodawca dopuszcza poprawienie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty, pomimo, że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością." Podobnie w wyroku KIO 831/13. W przedmiotowej sprawie wykonawca świadomie złożył oświadczenie o tym, że zadanie będzie wykonywane przez osoby, które zobowiązane są do wykonywania innego zamówienia. Wykonawca mógł przy tak niewielkich brakach w wymaganej w postępowaniu minimalnej liczbie osób skorzystać z prawa wynikającego z przepisów art. 26 ust. 2b ustawy PZP. Wykonawca przepis ten i stosuje w innych postępowaniach i ma możliwości w tym zakresie, bowiem współpracuje z innymi wykonawcami. Wobec powyższego wykonawca celowo oświadczył nieprawdziwe informacje mające wpływ na postępowanie. W przedmiotowej sprawie o ile wykonawca nie miał wiedzy, czy uda mu się zdobyć zamówienie w którymkolwiek z postępowań na które złożył oferty, o tyle zdawał sobie sprawę, że jeżeli nie złoży oferty z oświadczeniem o dysponowaniu odpowiednią liczbą osób właściwych do realizacji zamówienia i oświadczeniem o przeznaczeniu wymaganej wskazanej z imienia i nazwiska liczby osób do realizacji zamówienia, to nie zostanie dopuszczony do udziału w postępowaniu. W tej sytuacji wskazał osoby, które zaangażował przy realizacji innego zamówienia na podstawie zobowiązania imiennego, a więc osoby którymi w momencie składania oferty faktycznie nie mógł dysponować w zakresie, w jakim złożył oświadczenie w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym w pełni świadomie oświadczył nieprawdę, umyślnie wprowadził zamawiającego w błąd i działał celowo. Składając oświadczenia sprzeczne ze stanem faktycznym przedsiębiorcy z Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., dopuścili się złamania przepisów art. 22 PZP, który stanowi: „1.0 udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.”

13

W związku z powyższym wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3) PZP. Przepisy tego artykułu stanowią bowiem: „2. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców którzy: 3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;” a w konsekwencji w przedmiotowej sprawie „4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 może mieć miejsce na każdym

etapie postępowania. Interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. powinna być związana z art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, z którego wynika, że z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. W świetle wskazanej wykładni prawa regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy, kładąca nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji, stanowi wskazówkę interpretacyjną art. 24 ust. 2 pkt 3. Złożenie nieprawdziwych informacji jest stanem faktycznym i polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy. (...) Wykluczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3, związane ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ma miejsce w sytuacji, gdy wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania (KIO 138/13; KIO 208/13.). Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem rzeczywistym (KIO 1257/12; KIO 1262/12). Informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenie ofert lub możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą (KIO 1736/11, KIO 1735/11; KIO 1424/11). W razie stwierdzenia przez zamawiającego, że wykonawca złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, niemożliwe jest zastosowanie art. 26 ust. 3. Zgodnie z art. 26 ust. 3 uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub wadliwy. Skoro Firma UNILAS przedstawiła nieprawdziwe informacje o osobach zdolnych do wykonania zadania to tym samym a contrario nie przedstawiła informacji prawdziwych o tym fakcie, a zatem nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przy czym w sytuacji takiej nie ma zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy. Zwróciła na to uwagę KIO w wyroku z dnia 02.04.2015 (sygn. akt 526/15). Wykonawca mając pełną świadomość, że zamawiający zgodnie z treścią siwz oczekiwali faktycznych oświadczeń co do osób, które będą realizowały zamówienie, złożył fikcyjne wykazy osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia. Intencje i oczekiwanie

14

zamawiających potwierdza warunek zawarty w siwz, aby wykonawca który ubiegał się o udzielenie kilku części zamówienia, nie mógł celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia w więcej niż jednej części zamówienia. Zamawiający wymagał wykazu osób faktycznie przeznaczonych do realizacji zadania, a nie informacji na temat osób będących w dyspozycji wykonawcy. Wykonawca w tych okolicznościach celowo i świadomie złożył nieprawdziwe informacje w oświadczeniach w celu uzyskania zamówienia.

4. Nie przestrzeganie związania ofertą przez czas wskazany w SIWZ.

Wykonawca: Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K. w czasie w którym jest związany ofertą na przedmiotowe zamówienie, tj. przez 60 dni począwszy od dnia 24.11.2015 r. złożył oferty na zamówienia publiczne ogłoszone przez: Nadleśnictwo Grodziec, Nadleśnictwo Przedborów, Nadleśnictwo Turek, Nadleśnictwo Taczanów.

Wykonawca zaoferował wszystkim zamawiającym ten sam potencjał osobowy.

a) Wykonawca: Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 złożył w dniu 23.11.2015 r. ofertę na wykonanie części II i IV zadania pn.:

„Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Grodziec w latach 2016 -2017”. Wykonawca złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania. Wykonawca zaoferował wykonanie zadania przy pomocy osób wskazanych w ofercie.

Dowód: wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

K. R. i L. K. w imieniu wykonawcy w ofercie złożyli oświadczenie, że zadanie wykonawca wykona przy pomocy następujących osób: B. G., F. M., G. M., J. A., G. M., B. L., J. K., K. K., K. Z., K. M., K. H., K. J., K. A., K. W. .

Na podstawie postanowień SIWZ nr ZG.270.20.2015 pkt. 7.2 d) oraz wzoru umowy §7 pkt. 5 wykonawca zobowiązał się do wykonywania Przedmiotu Umowy przez osoby wskazane w ofercie. Dowód: siwz nr ZG.270.20.2015 wzór umowy §7 pkt. 5.

b) Wykonawca: Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 złożył ofertę z dnia 20.11.2015 r. w postępowaniu o zamówienie publiczne na zadanie pn.: „Wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Turek w roku 2016” (ogłoszenie o

zamówieniu 2015/S 216-394521). Wykonawca złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania. Wykonawca zobowiązał się również do udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy PZP sprzętu Zakładowi Usług Leśnych KLON K. A. Jabłonna 24, 62-710 Władysławów. Wykonawca zaoferował wykonanie zadania przy pomocy osób wskazanych w ofercie. K. R. i L. K. w imieniu wykonawcy w ofercie złożyli oświadczenie, że „wykonawca (...) będzie

15

realizować zamówienie za pomocą następujących osób”: B. G., F. M., J. K., K. M., M. D., N. S., S. R., W. W., Z. I., Z. W. .

Pismem z dnia 25.11.2015 r. Zn. spr.: SA.270.3.2015.S zamawiający Nadleśnictwo Turek wybrało jako najkorzystniejszą ofertę na część I zadania wykonawcę: Firmę Handlowo - Usługową UNILAS S.C. K. R., L. K. 62-814 Blizanów. Rosocha 8.

Dowód: pismo z dnia 25.11.2015 r. Zn. spr.: SA.270.3.2015.S

c) Wykonawca: Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R. L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 złożył ofertę z dnia 23.11.2015 r. w postępowaniu o zamówienie publiczne na zadanie pn.: Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Przedborów w latach 2016-2018” -Część I oraz Część II (SA.270.8.2015). Wykonawca zgodnie z treścią oferty nie skorzystał z prawa wynikającego z przepisów art. 26 ust. 2b PZP. Wykonawca złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania. Wykonawca zaoferował wykonanie zadania przy pomocy osób wskazanych w ofercie. K. R. i L. K. w imieniu wykonawcy w ofercie złożyli oświadczenie, że „wykonawca (...) będzie realizować zamówienie za pomocą następujących osób: S. Z., F. M., G. M., J. A., J. K., K. K., K. Z., K. M., K. A., K. H., K. J., M. D., W. W., M. M., N. S., S. R., Z. I., R. W., F. J., K. W., S. P., W. E., W. G., G. MA.

Dowód: oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia

Wykonawca, zgodnie z postanowieniami siwz, na podstawie części 6 pkt. 6.5 siwz jeżeli ubiegał się o udzielenie kilku części zamówienia nie mógł celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia ani tego samego potencjału finansowego w więcej niż jednej części zamówienia, (s. 14 siwz).

Zgodnie z pkt. 7.2 SIWZ w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia i w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca miał złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Ponadto zgodnie ze wzorem umowy, załącznik nr 29 do siwz - §7 pkt. 5 wzoru umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania Przedmiotu Umowy przez osoby wskazane w Ofercie.”

Dowód: siwz wyciąg; wzór umowy wyciąg.

d) Wykonawca: Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 złożył ofertę z dnia 23.11.2015 r. w postępowaniu o zamówienie publiczne na zadanie pn.: Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Taczanów w roku 2016-Część nr I oraz Część nr IV” (SA.2710.5.2015). Wykonawca zgodnie

16

z treścią oferty nie skorzystał z prawa wynikającego z przepisów art. 26 ust. 2b PZP.

Wykonawca złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Wykonawca zaoferował wykonanie zadania przy pomocy sprzętu i osób wskazanych w ofercie. Wykonawca zaoferował, że zadanie wykona przy pomocy następujących osób: B. G., F. M., G. M., J. A., J. K., K. K., K. Z., K. M., K. H., K. J., M. D., W. W., M. M., N. S., S. R., ZA. I., G. M., S. T. .

Wykonawca, zgodnie z postanowieniami siwz, na podstawie części 6 pkt. 6.5 siwz jeżeli ubiegał się o udzielenie kilku części zamówienia nie mógł celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia ani tego samego potencjału finansowego w więcej niż jednej części zamówienia. Zgodnie z pkt. 7.2 d) SIWZ w celu wykazania braku podstaw

do wykluczenia i w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca miał złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Zgodnie ze wzorem umowy, załącznik nr 29 do siwz - §7 pkt. 5 wzoru umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania Przedmiotu Umowy przez osoby wskazane w Ofercie.” Wykonawca Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 złożył łącznie 5 ofert na wykonanie zadań dla ww Zamawiających oświadczając, że zadania będą wykonywały osoby wskazane w ofercie, z tym że w tym samym czasie zadania miałyby być wykonywane przez te same osoby, co jest fikcją i miało za zadanie świadome wprowadzenie zamawiających w błąd w celu uzyskania zamówienia/zamówień publicznych. Wykonawca nie posiadał w dniu składania ofert oraz nie posiada w tej chwili potencjału ludzkiego i potencjału sprzętowego umożliwiającego realizację wszystkich zamówień, na które złożył oferty z zamiarem uzyskania zamówienia. Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniach o zamówienie publiczne na ww. zadania. W odniesieniu do zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie wykonawca Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K. nie przestrzegał zobowiązania do związania ofertą, bowiem oferując w innych postępowaniach ten sam kapitał ludzki musiał wziąć pod uwagę, że inne postępowania o zamówienie publiczne mogą zostać rozstrzygnięte na jego korzyść, tak jak to już ma miejsce w przypadku Nadleśnictwa Turek. W tej sytuacji Nadleśnictwo Antonin pozbawione zostało możliwości żądania od wykonawcy zawarcia umowy w terminie związania ofertą na warunkach zaoferowanych w ofercie. Włodzimierz Dzierżanowski w komentarzu do art. 85 ustawy podkreślił: „Cywilistyczna zasada związania ofertą została wyrażona w art. 66 k.c. Zgodnie z nią oferent jest związany stanowiącym ofertę oświadczeniem woli zawarcia umowy złożonym drugiej stronie i w oznaczonym w ofercie terminie nie może zwolnić się z obowiązku zawarcia

17

umowy na warunkach przedstawionych w ofercie. Okres związania mija wraz z upływem oznaczonego terminu. Prawo zamówień publicznych modyfikuje tę cywilistyczną konstrukcję, wprowadzając rozwiązanie, zgodnie z którym co do zasady to nie oferent (według prawa zamówień publicznych wykonawca) - składając ofertę - wskazuje termin, w którym oczekuje odpowiedzi, ale zamawiający w SIWZ określa, jak długo będzie trwał okres związania ofertą wykonawców, którzy złożą oferty w postępowaniu.” (Lex W. Dzierżanowski, komentarz). Podobnie uważa Józef Edmund Nowicki pisząc: „Do upływu końcowego terminu związania ofertą, termin ten chroni zamawiającego i przyznaje mu prawo przyjęcia oferty oraz żądania zawarcia umowy. (...) Instytucja związania ofertą w prawie zamówień publicznych łączy się z zabezpieczeniem oferty wadium, co umożliwia zamawiającemu ochronę jego interesów przez wyposażenie go w narzędzie uniemożliwiające odmowę zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie przez wykonawcę, którego oferta została wybrana.” (Lex J.E. Nowicki, Komentarz). Podobnie podkreśliła Anna Fermus-Bobowiec pisząc: „Treścią złożonej oferty wykonawca pozostaje związany do upływu ustawowych terminów związania.” Red. Andrzej Kidyba, Skarb Państwa a działalność gospodarcza.

Na temat doniosłości instytucji związania ofertą wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 września 2011 r. KIO 1815/11, www.uzp.gov.pl, podkreślając, że istnienie tej instytucji wywołuje skutki prawne. W przedmiotowej sprawie takim skutkiem prawnym jest trwałość i niezmiennalność treści oferty przez określony w ustawie czas. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 lipca 2014 r. sygn. akt XXIII Ga 924/14 „treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczanych przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czyni go niewątpliwie stroną silniejszą. Zauważyć należy, że przewaga zamawiającego, która wynika z jego działania w interesie publicznym powoduje, że charakter umowy o zamówienie publiczne może być przyrównywany do umów adhezyjnych. Co do specyfiki ofert składanych w reżimie pzp należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 82 ust. 1 pzp każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a zamawiający obowiązany jest do zbadania i oceny oferty. (...) Wypada podkreślić, że zasadniczą funkcją związania ofertą na gruncie zamówień publicznych jest ochrona interesu zamawiającego, dzięki czemu ma on pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty mimo upływu czasu.”

W przedmiotowej sprawie wykonawca pozbawił Zamawiającego prawa wynikającego z przepisów dotyczących związania ofertą.

zamawiającym jest Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Antonin.

Wykonawca składając oferty w kilku Nadleśnictwach i wykorzystując w ofertach ten sam potencjał osobowy i techniczny złożył kilka różnych ofert temu samemu Zamawiającemu. Zamawiający poprzez takie działanie wykonawcy pozbawiony został możliwości egzekwowania zawarcia umowy na zasadach określonych w Pzp. Podkreślenia w tym miejscu wymaga wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku IACa 960/14 z którego wynika, iż „Treść oferty określona art. 82 ust. 3 p.z.p. ma o tyle doniosłe znaczenie, że zgodnie z art. 140 ust. 1 p.z.p., zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Odnoszenie zakresu świadczenia nie następuje więc do SIWZ, lecz do oferty.” Podkreślić należy, że SIWZ w postępowaniach o zamówienie publiczne, o których mowa w odwołaniu są tej samej lub podobnej treści, a więc interpretacja postanowień siwz powinna być jednolita, zgodna z postanowieniami siwz, szczególnie że Zamawiającym jest Skarb Państwa. Wyraz temu dało między innymi Nadleśnictwo Kalisz, które w odpowiedzi na pytania do siwz na identyczne postępowanie o zamówienie publiczne dokonało wykładni SIWZ i stwierdziło: „Jeżeli wykonawca ubiega się o udzielenie podobnego zamówienia w innym nadleśnictwie to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia, ani tego samego potencjału finansowego.”

Dowód: Pismo Nadleśnictwo Kalisz Zn. spr.: SA.270.5.2015

W tej sytuacji wykonawca w celu zdobycia zadania swoim działaniem świadomie naruszył przepisy ustawy. Nie mając wystarczającej ilości sprzętu niezbędnego dla zabezpieczenia zadania, na które złożyli oferty oraz wystarczającej ilości osób, którymi dysponują, aby zabezpieczyć zadania, na które złożyli oferty dopuścili się złamania przepisów Prawa zamówień publicznych poprzez pisemne oświadczanie, że zadania będą wykonywane przy pomocy osób i sprzętu wskazanego w wykazach załączonych do ofert. Wykonawca mając świadomość, że wskazane osoby są zobowiązane do wykonywania pracy przy pomocy sprzętu wskazanego w ofercie nie informował zamawiających, że te same osoby i ten sam sprzęt przeznaczył do wykonania zadania w innych postępowaniach. Wykonawca przestrzegał natomiast zasady, aby te same osoby nie były wskazane do realizacji zadania w więcej niż jednym pakiecie - części.

3. Oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę

Jedynie na marginesie należy wskazać, że w ocenie Odwołującego się Zamawiający nie dokonał analizy składników cenotwórczych oferty wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K. pomimo faktu, że zawiera ona rażąco niską cenę.

4. Oferta stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Stosownie natomiast do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów O zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wynika z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ust. 2 przywołanego artykułu stanowi przykładowe wymienienie zachowań stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji.

Jak zauważa J. Szweja (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, C.H.Beck, 2013) „Towarzyszące klauzuli generalnej wyliczenie typowych czynów nieuczciwej konkurencji, zawarte w art. 3 ust. 2, nie jest wyczerpujące, ponieważ niepodobna przewidzieć i zdefiniować wszystkie możliwe, także w przyszłości, zachowania naruszające zasady uczciwej konkurencji. Wyraz takiego stanu rzeczy dał twórca pierwszej polskiej ustawy regulującej problematykę zwalczania nieuczciwej konkurencji, F. Zoll. Stwierdził on,

że: "Nieuczciwa konkurencja, zwłaszcza w zakresie przemysłu i handlu wykazała i wykazuje tyle pomysłowości, że ujęcie jej wyczerpujące w szczegółowe przepisy ustawowe tak samo wydaje się być rzeczą niemożliwą, jak według mitologii greckiej bezcelową rzeczą było ściganie boga Prometeusza dlatego, że zmieniać umiał ciągle postacie, w jakich występował" (/ . Homola-Skąpska, Wspomnienia, s. 343). Na tym polega funkcja uzupełniająca klauzuli generalnej. W konsekwencji orzecznictwo, na podstawie art. 3 ust. 1, określa czyny nieuczciwej konkurencji, które uzupełniają listę z art. 3 ust. 2 ZNKU.

Fakt, że wykonawca posługuje się, pomimo braku takich możliwości, tym samym potencjałem technicznym i osobowym W celu uzyskania zamówienia publicznego niewątpliwie jest działaniem sprzecznym z prawem oraz dobrymi obyczajami. Stawia to tego sytuację w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców, którzy aby uzyskać zamówienie publiczne postępują zgodnie z prawem.

Wskazać należy, że Zamawiający pismem z dnia 3 grudnia 2015 roku został poinformowany przez Odwołującego o praktykach, których dopuszcza się Firma UNILAS. Winien on zatem zbadać jej ofertę pod kątem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, czego nie uczynił. Nadto Odwołujący podnosi, że w podobny sposób wykonawca Firma UNILAS wykorzystał referencje oraz zasoby innych podmiotów przy ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie. W tym stanie rzeczy przedmiotowe odwołanie uznaje za konieczne i w pełni uzasadnione. Wobec powyższego wnosi jak na wstępie.

20

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że wbrew stanowisku odwołującego, przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i tym samym nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp i uznania oferty za podlegającą odrzuceniu.

Zamawiający wskazał na opisane w siwz wymagania dotyczące warunków udziału w postępowaniu, jakie powinni spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia ujęte w pkt 6.2 siwz. W pkt 6.2.3 opisano wymagania dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W zakresie osób w odniesieniu do każdej części zamówienia zamawiający wskazał, że warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje: dla części I – co najmniej 15 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bhp przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej oraz co najmniej 1 osobą nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub studium zawodowe świadczenia usług na rzecz leśnictwa; dla części II analogiczny wymóg, dla części III analogiczny wymóg lecz ze wskazaniem na co najmniej 10 osób.

W pkt 6.6 siwz wskazano, że przy ubieganiu się o udzielenie kilku części zamówienia wykonawca nie może wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia (za wyjątkiem osoby kierującej i koordynującej prace) ani tego samego potencjału finansowego w więcej niż jednej części zamówienia. W celu wykazania spełniania warunków dla każdej części wykonawcy przedkładali wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz oświadczeniem, że osoby wymienione w wykazie posiadają wymagane uprawnienia (zał. 7 do siwz).

Stosownie do powołanych postanowień siwz przystępujący przedłożył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wg załącznika nr 7 do siwz, którym podał dla części I, II i III nazwiska osób o wymaganych kwalifikacjach.

Z dokumentów wynika, że wykonawca wykazał spełnienie warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w więcej niż jednej części zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że wskazany przez odwołującego fakt, iż niektóre z wymienionych osób wykonują obecnie zamówienia na rzecz innego zamawiającego nie ma znaczenia dla

21

oceny potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił, że wykonawcą

w obecnym postępowaniu jest firma UNILAS, a nie osoby wskazane w ofercie. Wskazał także na możliwość zmiany osób które będą wykonywały pracę w ramach realizacji zamówienia. Stwierdził, że niezależnie od ww okoliczności dysponuje wskazanymi w wykazach osobami i będzie mógł z ich udziałem wykonywać umowę. Zamawiający oświadczył, że nie może wykluczać z postępowania wykonawcy tylko z tego powodu, że osoby, które wskazał w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia uczestniczą przy realizacji już zawarty przez tego wykonawcę umów bądź zostały przez niego wskazane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Zauważył, że jedyne ograniczenie, jakie zamawiający wprowadził w siwz i które zostało przez UNILAS spełnione, to brak możliwości wskazania w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu tych samych osób w więcej niż jednej części zamówienia. Przepisy ustawy pzp nie wymagają od zamawiającego, by ten weryfikował wszystkie postępowania prowadzone w kraju i za granicą i ustalał, czy wykonawca wskazał w nich takie same osoby, jak w prowadzonym przez niego postępowaniu. Taki sposób oceny ofert musiałby najpierw być wskazany w siwz. Z kolei wprowadzenie takiego wymogu prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy. Zamawiający bowiem w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu może żądać od wykonawców jedynie dokumentów wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../. Tymczasem w rozporządzeniu brak jest dokumentu, który mógłby pozwolić zamawiającemu ustalić, w jakich postępowaniach o udzielenie zamówienia dany wykonawca złożył oferty i jakie osoby wykazał do spełnienia warunków, jak również jakie osoby wykorzystuje już przy realizacji zawartych umów. Nie może więc żądać dokumentów w celu zweryfikowania omawianych wymagań. Ponadto kierując się zasadą równego traktowania wykonawców musiałby w taki sposób weryfikować wszystkie złożone oferty, co w świetle przepisów nie jest możliwe. W przedmiotowym postępowaniu weryfikacja polegała na sprawdzeniu warunku postawionego w siwz tj. zakazu wskazania tej samej osoby w więcej niż jednej części zamówienia. Warunek został spełniony przez wykonawców, w tym wybranego. Odnosnie zarzutu złożenia fałszywych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania skutkującego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp zamawiający oraz zaniechanie żądania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, zaniechanie zbadania prawdziwości oświadczenia z art. 44 ustawy pzp i zaniechanie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp zamawiający uznał zarzuty za niezasadne. Wskazał na ustawowe przesłanki wykluczenia wykonawcy wskutek uznania informacji za nieprawdziwe i wskutek tego mające

22

lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Wskazał na prowspólnotową wykładnię przepisu i orzecznictwo, w tym przesłankę świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez wykonawcę. Wskazanie w ofercie osób, które uczestniczą w realizacji innych zamówień nie oznacza, że podano nieprawdziwe informacje. Przypomniął, że zgodnie z siwz wykonawca miał przedstawić osoby, którymi dysponuje dla określonych części zamówienia, a osoby, które wykazał pozostają w stosunku pracy z wykonawcą, co oznacza, rozumieniu słownikowym tymi osobami dysponuje. Niezależnie od obecnego miejsca wykonywania pracy (na rzecz innych zamawiających) osoby te pozostają niezmiennie w dyspozycji wykonawcy jako pracodawcy. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia o złożeniu nieprawdziwych informacji dotyczących dysponowania potencjałem osobowym. Zauważył, że w chwili złożenia oferty i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie można stwierdzić, że wykonawca nie wykona umowy za pomocą osób wskazanych w wykazie. Wskazał także na dopuszczalność zmiany osób wskazanych w ofercie w toku wykonania umowy na inne z odpowiednimi kwalifikacjami. Stwierdził, że zarzut nie przestrzegania związania ofertą przez czas wskazany w siwz jest nieuzasadniony, gdyż wykonawca złożył wymagane oświadczenie w tym zakresie. Zdaniem zamawiającego nie został również naruszony zakaz składania więcej niż jednej oferty określony w art. 82 ust. 1 ustawy pzp. Stwierdził, że w niniejszym postępowaniu wykonawca złożył trzy częściowe oferty na trzy odrębne części zamówienia, co jest dopuszczone specyfikacją. Składanie przez wykonawcę ofert w innych postępowaniach prowadzonych przez inne nadleśnictwa nie narusza wskazanego przepisu. Zauważył że nadleśnictwa są samodzielnymi jednostkami organizacyjnymi o statusie zamawiających, co potwierdzają przepisy ustawy o lasach.

Stwierdził, iż brak było podstaw do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp wobec braku wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną. Przypomniał, że cena wybranej oferty dla części I jest niższa o 10,10% od szacowanej brutto wartości zamówienia i o 5,70% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert; dla części II jest niższa odpowiednio o 4,70% i 1,80%; dla części III odpowiednio niższa o 4,73% i o 3,14%.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stwierdził, że jest on bezpodstawny i przypomniał, że nie miał podstaw dokonywania oceny, jak wykonawca wykorzystuje swój potencjał, a przedstawione okoliczności faktyczne nie dają podstaw do uznania popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

23

W toku rozprawy strony podtrzymały przedstawione na piśmie stanowiska.

Odwolujący zauważył, że niesporne są w tym postępowaniu fakty, w szczególności to, iż przystępujący przedstawił określony potencjał, w szczególności osobowy, wykorzystywany jednocześnie w innych realizowanych umowach. Zauważył, że stanowisko zamawiającego przedstawione także w odpowiedzi na odwołanie jest rozpatrywane w tym zakresie formalistycznie. W ocenie odwołującego z uwagi na cel postępowania, jakim jest rzeczywiste wykonanie zamówienia publicznego uzasadniona jest wykładnia racjonalna, czyli taka, jak przedstawiona w odwołaniu. Podzielił stanowisko zamawiającego, że każde nadleśnictwo może być traktowane jako odrębny zamawiający. Zauważył jednak, że są to jednostki organizacyjne wchodzące w skład Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego, co ma znaczenie przy ocenie sposobu wykonywania zamówień na rzecz tych podmiotów. Przypomniał stanowisko nadleśnictwa Kalisz wskazane w odwołaniu. Podtrzymał pozostałe zarzuty, w tym co do złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, polegających na zapewnieniu, iż wykonawca dysponuje osobami, które będą wykonywać zamówienie, w sytuacji gdy w rzeczywistości osoby te wykonują pracę w innych miejscach, co czyni powyższą deklarację nierealną. Zauważył, że z treści ocenianego warunku opisanego w siwz wynika, że zamawiający jest zainteresowany sposobem realizacji umowy, w tym jakie osoby i z jakimi kwalifikacjami będą wykonywać pracę. Zauważył, że ewentualna możliwość zmiany wskazanych w ofercie osób należy traktować jako wyjątek, a nie zasadę, co zdaje się sugerować zamawiający i przystępujący. Zamawiający wskazał, że niezasadnym jest zarzut złożenia nieprawdziwych informacji, które należy rozumieć jako przedstawienie informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Na tym etapie zarzut jest o tyle nieuzasadniony, iż dotyczy zdarzenia przyszłego, któremu nie sposób przypisać obecnie waloru prawdy lub nieprawdy. Stwierdził, że pozostałe zarzuty nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym postępowania. Wskazał, iż rozumowanie odwołującego może prowadzić do wniosku, iż przedstawiając osoby, którymi wykonawca dysponuje, musiałby powoływać wyłącznie osoby bezrobotne. Zauważył także, że wykładnia podobnego stanu faktycznego dokonana przez innego zamawiającego nie ma znaczenia w niniejszym postępowaniu. Przystępujący podzielił stanowisko zamawiającego. Stwierdził, że również odwołujący przedstawia takie same osoby w innych postępowaniach. Podobna praktyka jest rozpowszechniona. Na tym etapie chodzi o wykazanie spełniania wymaganych warunków udziału. W toku realizacji umów rzeczą wykonawcy jest zapewnienie właściwego wykonania umowy. Podkreślił, że składając ofertę nie złożył informacji nieprawdziwych.

24

Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Niewątpliwie odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, co oznacza, że wypełnia materialno prawną przesłankę wniesienia odwołania zdefiniowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Rozpoznając odwołanie merytorycznie Izba uznała, co następuje.

W ustalonym stanie faktycznym skład orzekający stwierdza, iż wbrew stanowisku odwołującego, przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i tym samym nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp i uznania oferty za podlegającą odrzuceniu.

Należy zauważyć, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formułowane jest przepisami ustawy pzp i precyzowane postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obydwie strony cytowały postanowienia specyfikacji co do wymogu dysponowania określonym potencjałem osobowym dla trzech części zamówienia i zakazem przedstawiania tej samej osoby w więcej niż jednej części. Strony nie kwestionują, że przystępujący wykonawca nie naruszył w tym zakresie postanowień siwz. Stosownie do powołanych postanowień siwz przedłożył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wg załącznika nr 7 do siwz, którym podał dla części I, II i III nazwiska osób o wymaganych kwalifikacjach.

Z dokumentów wynika zatem, że wykonawca wykazał spełnienie warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w więcej niż jednej części zamówienia. Wskazany przez odwołującego fakt, iż niektóre z wymienionych osób wykonują obecnie zamówienia na rzecz innego zamawiającego nie ma znaczenia dla oceny potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Można zauważyć, że wykonawcą w obecnym postępowaniu jest firma UNILAS, a nie osoby wskazane w ofercie. Izba podziela stanowisko co do braku podstaw prawnych wykluczenia z postępowania wykonawcy z tego powodu, że osoby, które zostały wskazane w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, uczestniczą przy

25

realizacji już zawartych przez tego wykonawcę umów bądź zostały przez niego wskazane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Postawienie takiego ewentualnego warunku nie miałoby przy tym podstaw prawnych w ustawie pzp i przepisach wykonawczych, w tym rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów /.../. W rozporządzeniu brak jest w wykazie dokumentu, który mógłby pozwolić zamawiającemu ustalić, w jakich postępowaniach o udzielenie zamówienia dany wykonawca złożył oferty i jakie osoby wykazał do spełnienia warunków, jak również jakie osoby wykorzystuje już przy realizacji zawartych umów. Nie może zatem żądać dokumentów w celu zweryfikowania omawianych wymagań. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zasadnie zatem dokonywał weryfikacji polegającej na sprawdzeniu warunku postawionego w siwz tj. zakazu wskazania tej samej osoby w więcej niż jednej części zamówienia. Nie miał przy tym podstaw poszerzenia zakresu takiej weryfikacji o inne postępowania prowadzone przez innych zamawiających.

Odnosnie zarzutu złożenia fałszywych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia z postępowania skutkującego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp oraz zaniechanie żądania od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, a także zaniechanie zbadania prawdziwości oświadczenia z art. 44 ustawy pzp i zaniechanie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp Izba stwierdza, że zarzuty te są niezasadne. W sprawie nie zaistniały ustawowe przesłanki wykluczenia wykonawcy wskutek uznania informacji za nieprawdziwe i wskutek tego mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Istotna jest w tym zakresie przesłanka świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez wykonawcę. Wskazanie w ofercie osób, które uczestniczą w realizacji innych zamówień nie oznacza, że podano nieprawdziwe informacje. Należy potwierdzić, że ocena informacji co do jej prawdziwości lub nieprawdy wymaga ustalenia stanu faktycznego. Natomiast twierdzenie, że wykonawca deklarujący dysponowanie określonymi osobami na dzień składania oferty nie zapewni wykonywania przez te osoby określonych prac w przyszłości z powodu niepotwierdzonych i przyszłych zdarzeń, nie może być oceniony jako podmiot składający nieprawdziwe informacje. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia o złożeniu nieprawdziwych informacji dotyczących dysponowania potencjałem osobowym, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Zarzut nie przestrzegania związania ofertą przez czas wskazany w siwz jest nieuzasadniony,

wykonawca złożył wymagane oświadczenie w tym zakresie, twierdzenie że w razie wyboru jego oferty nie będzie gotów zawrzeć umowy z zamawiającym, jest nieudowodnione. Nie został również naruszony zakaz składania więcej niż jednej oferty określony w art. 82 ust. 1 ustawy pzp. W postępowaniu podlegającym ocenie wykonawca złożył trzy częściowe

26

oferty na trzy odrębne części zamówienia, co zostało dopuszczone specyfikacją. Natomiast składanie przez wykonawcę ofert w innych postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających, w tym nadleśnictwa nie narusza wskazanego przepisu. Sąd orzekający podziela stanowisko zamawiającego co do braku było podstaw do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp wobec braku wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną. Wskazane relacje, z których wynika, że cena wybranej oferty dla części I jest niższa o 10,10% od szacowanej brutto wartości zamówienia i o 5,70% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert; dla części II jest niższa odpowiednio o 4,70% i 1,80%; dla części III odpowiednio niższa o 4,73% i o 3,14% prowadzą do wniosku o braku wątpliwości co do realności zaoferowanej przez przystępującego ceny. Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji należy stwierdzić, że nie został on udowodniony i stanowi jedynie pochodną niezasadnego stanowiska odwołującego o niemożności przedstawiania w ofercie potencjału, który aktualnie jest wykorzystywany do realizacji innych zamówień. Przedstawione okoliczności faktyczne nie dają podstaw do uznania popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

W konsekwencji zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w petitum i uzasadnieniu odwołania nie znalazł potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach sąd orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

27