

WYROK
z dnia 24 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum wykonawców w składzie: Bogdan Rawski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych, Andrzej Rędzia prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych, Izabela Kubicka-Oleksiak prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Pilarek”, Słoneczny Stok 2, 14-310 Miłakowo** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Nadleśnictwo Dobrocin, Dobrocin 20, 14-330 Małdyty** protestu z dnia 30 grudnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum wykonawców w składzie: Bogdan Rawski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych, Andrzej Rędzia prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług

Leśnych, I. Kubicka-Oleksiak prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Pilarek”, Słoneczny Stok 2, 14-310 Miłakowo i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum wykonawców w składzie: Bogdan Rawski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych, Andrzej Rędzia prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych, I. Kubicka-Oleksiak prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Pilarek”, Słoneczny Stok 2, 14-310 Miłakowo,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum wykonawców w składzie: Bogdan Rawski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych, Andrzej Rędzia prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych, I. Kubicka-Oleksiak prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Pilarek”, Słoneczny Stok 2, 14-310 Miłakowo.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Nadleśnictwo Dobrocin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Dobrocin w 2010r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2009/S 220-329113 w dniu 27 listopada 2009 r.

2

W dniu 28 grudnia 2009r. odwołujący, Konsorcjum w składzie: ZUL Bogdan Rawski, ZUL Andrzej Rędzia, ZUL „Pilarek” I. Kubicka-Oleksiak z siedzibą lidera w Miłakowie (zwane dalej Konsorcjum Rawski-Rędzia-Pilarek), otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia. W tej części złożone zostały dwie oferty tj. oferta odwołującego i oferta Konsorcjum Usługi Leśne i Transportowe Adam Szulc, ZUL Kazimierz Polakowski z siedzibą w Morągu (zwane dalej Konsorcjum Szulc-Polakowski).

Odwołujący złożył protest wobec:

- 1) czynności wezwania Konsorcjum Szulc-Polakowski do złożenia wyjaśnień, w wyniku którego doszło do zmiany treści oferty, poprzez zastąpienie wykazu osób złożonego w ofercie - nowym wykazem oraz dołączenia brakujących dokumentów dotyczących uprawnień HDS, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum Szulc-Polakowski ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
- 3) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1 i pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 38 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp oraz wniósł o wykluczenie z postępowania Konsorcjum Szulc-Polakowski i uznanie oferty za odrzuconą, odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią siwz i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz o powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż w ofercie Konsorcjum Szulc-Polakowski złożono nieprawdziwe zaświadczenie o ukończeniu kursu przez Stanisława Kossakowskiego. Ponadto wg oświadczenia tej osoby jej dane osobowe zostały wykorzystane przez Konsorcjum Szulc-Polakowski bez jej wiedzy i zgody - Stanisław K. nie zamierzał uczestniczyć w wykonaniu zadania jako personel ww. wykonawcy.

Do oferty nie załączono również wystarczającej ilości uprawnień HDS, co narusza pkt. V. 4 i pkt 6 siwz i winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp i uznaniem oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Z tych względów oferta winna zostać również odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodna z treścią siwz. Zamawiający dokonał natomiast wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp i korzystając z tej instytucji naruszył postanowienia art. 38 ust. 4 Pzp, bowiem zamawiający zmienił tym samym wymagania siwz po upływie terminu składania ofert, poprzez dopuszczenie złożenia nowego „Wykazu osób [...]”, co nie zostało przewidziane w siwz. Wykonawca wymienił wykaz i usunął z niego osobę Stanisława K. wraz

3

z nieprawdziwym zaświadczeniem o ukończeniu kursu. Powyższe działania stanowią naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że „odrzucił” protest w zakresie dotyczącym czynności wezwania Konsorcjum Szulc-Polakowski do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia brakujących dokumentów oraz oddalił protest w pozostałym zakresie.

Wskazał w uzasadnieniu, że odwołujący powziął lub co najmniej mógł powziąć wiadomość o czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w trakcie przeglądania oferty w dniu 17 grudnia 2009 r. Termin na wniesienie protestu na tę czynność upłynął zatem w dniu 27 grudnia 2009 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego uprawnień HDS zamawiający wyjaśnił, iż nie określił w siwz ilości wymaganych uprawnień. Ilość ta powinna odpowiadać ilości wymaganych

urządzeń, których obsługa wymaga posiada stosownych uprawnień. Dla części nr 2 zamówienia wymagano co najmniej 5 urządzeń zrywkowych do zrywki nasiębniernej, a tym samym wymagano uprawnień tzw. HDS w ilości 5. W takiej ilości uprawnienia zostały dołączone do oferty.

Zamawiający stwierdził, że wezwał Konsorcjum Szulc-Polakowski do uzupełnienia wykazu osób zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazał, że nie żądał dokumentów potwierdzających uprawnienie wykonawcy do dysponowania kapitałem osobowym dla wykonania zamówienia. Wezwanie z dnia 16 grudnia 2009 r. do przedłożenia dokumentów potwierdzających tytuł prawny wykonawcy do dysponowania wskazanymi osobami nastąpiło na skutek zgłoszonych w dniu 14 grudnia 2009 r. przez odwołującego zastrzeżeń w tym zakresie. Wykonawca Konsorcjum Szulc-Polakowski wyjaśnił, że otrzymał ustne zapewnienie Stanisława K. i Henryka Z. co do udziału w realizacji zamówienia, wobec czego zamawiający wezwał wykonawcę do skorygowania wykazu przez pominięcie tych osób. Nowy wykaz został złożony w dniu 21 grudnia 2009 r. Zamawiający przyznał, że złożone zaświadczenia dla Stanisława K. i Wiesława K. budzą wątpliwości lecz nie sposób jednoznacznie stwierdzić prawdziwości bądź fałszywości tych dokumentów. Podkreślił, że pomimo pominięcia ww. osób wykaz potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej ilości osób w terminie składania ofert, co oznacza, że nawet uznając złożone informacje dotyczące ww. osób za nieprawdziwe, należy stwierdzić, iż nie miały one wpływu na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający wyjaśnił, iż wezwanie do wyjaśnienia treści ofert, złożenia oświadczeń i dokumentów skierował do obu wykonawców. Natomiast w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - wskazał, że odwołujący nie uzasadnił zarzutu, w szczególności nie przedstawił okoliczności, które mogłyby odpowiadać definicji ogólnej

4

lub definicjom szczegółowym czynu nieuczciwej konkurencji, zawartym w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zmianami).

Konsorcjum Rawski-Rędzia-Pilarek wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym podtrzymano zarzuty i argumentację zawartą w proteście. Wykonawca podniósł, że Konsorcjum Szulc-Polakowski złożyło w ofercie, poświadczony jako zgodny z oryginałem, dokument w postaci zaświadczenia o ukończeniu kursu przez Stanisława K. z dnia 18 kwietnia 1987r. o nr 362/87, którego oryginał miał inne cechy. Ponadto, wykonawca poświadczyl nieprawdę, że Stanisław K. oświadczył, że podejmie u niego pracę. Osoba ta złożyła oświadczenie, że nie zamierza pracować u tego wykonawcy, co rodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa z art. 297 § 1 k.k.

Powyższe działania stanowią co najmniej działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i winny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zażądał w odwołaniu wykluczenia z postępowania Konsorcjum Szulc-Polakowski i uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 24 ust. 4 Pzp lub odrzucenie oferty na podstawie art. 38 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył jedną z dwóch złożonych ofert w postępowaniu na część 2 zamówienia i tym samym w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą,

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in.:

- w pkt V.3 warunek dotyczący dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym do wykonania zamówienia – w części nr 2 – wymaganie dotyczące pilarek spalinowych o parametrach profesjonalnych, minimum 1 szt. na 1200 m³ planowanego pozyskania drewna oraz urządzeń zrywkowych do zrywki nasiębniernej (zestaw ciągnik i przyczepka samozaładowcza) w ilości min. 5 szt., przy czym planowane pozyskanie drewna zostało określone w załączniku nr 2 do siwz dla części 2 zamówienia w pozycji zrywka - na 23 857,80 m. ³
- w pkt V.4 warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które posiadają stosowne uprawnienia – w przypadku prac pilarką spalinową uprawnienia pilarza, a w przypadku obsługi sprzętu zmechanizowanego stosownie do tych prac szkolenia i zezwolenia.

Zamawiający wskazał w specyfikacji (pkt VI) jakie oświadczenia i dokumenty należy przedłożyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in.:

- (i) wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia urządzeń i narzędzi jakimi dysponuje wykonawca (załącznik nr 6 do siwz),
- (j) stan osobowy wg stanowisk i kwalifikacji wraz z informacjami o posiadanych uprawnieniach oraz dokumenty potwierdzające te uprawnienia (załącznik nr 7 do siwz),
- (m) oświadczenie o spełnianiu warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 Pzp, w tym ewentualne pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oświadczenie to złożyć powinien każdy z wykonawców.

Z treści tak określonych warunków udziału w postępowaniu wynika, że wykonawca, aby wykazać ich spełnianie winien przedstawić:

- wykaz urządzeń i narzędzi zawierający w zakresie urządzeń zrywkowych do zrywki nasiębniernej, wymagających do ich obsługi posiadania uprawnień tzw. HDS w ilości 5 sztuk oraz 20 pilarek, wymagających posiadania uprawnień pilarza do ich obsługi,
- wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca przy realizacji zamówienia, obejmujący co najmniej 5 osób z uprawnieniami HDS i 20 osób z uprawnieniami pilarza,
- oświadczenie o spełnianiu warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 Pzp, w tym oświadczenie, że wykonawca dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – zawarte w pkt 2 wzoru opracowanego przez zamawiającego (załącznik nr do siwz) lub składa pisemne zobowiązanie innych

podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia zawarte w pkt 4 ww. wzoru oświadczenia.

Powyższe wymagania zostały potwierdzone przez strony postępowania. Zamawiający wyjaśnił, że wymagania co do ilości osób z koniecznymi uprawnieniami zdolnych do wykonania zamówienia nie zostały określone wprost w siwz, ale ilość ta powinna odpowiadać ilości wymaganych urządzeń, których obsługa wymaga posiada stosownych uprawnień. Dla części nr 2 zamówienia wymagano co najmniej 5 osób z uprawnieniami HDS oraz 20 osób z uprawnieniami pilarza. Zamawiający wyjaśnił, iż obaj wykonawcy ubiegający się o zamówienie złożyli wykazy osób potwierdzające spełnianie warunku potencjału kadrowego, co oznacza że prawidłowo zrozumieli treść warunków.

Z treści oferty Konsorcjum Szulc-Polakowski wynika, że wykonawca złożył w ofercie wykaz osób, obejmujący 5 osób do obsługi urządzeń zrywkowych do zrywki nasiębniernej, załączając stosowne dokumenty potwierdzające posiadanie przez wskazane osoby uprawnień tzw. HDS. Kopie uprawnień zostały złożone w ofercie w wymaganej ilości dla 5 osób (str. 35, 59, 61, 63, 65 oferty). Wobec twierdzenia odwołującego, iż po zapoznaniu się z treścią ww. oferty w dniu 14 grudnia 2009 r. stwierdził brak w ofercie jednego zezwolenia na uprawnienia HDS, Izba uznała, że okoliczności te nie znajdują potwierdzenia w treści

oferty. Na podstawie oryginalnej oferty, Izba ustaliła, że wszystkie strony oferty są kolejno ponumerowane i parafowane przez wykonawcę wobec czego brak jest podstaw, aby przychylić się do stanowiska odwołującego, w szczególności, iż strony w ofercie mogły zostać wymienione po otwarciu ofert. Zauważyć należy, że nawet brak załączenia wymaganych uprawnień nie powoduje wykluczenia wykonawcy z postępowania, ponieważ zarówno wykaz osób, jak i dokumenty stwierdzające uprawnienia, podlegają uzupełnieniu stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp, jako dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że brak jest podstaw, aby przyjąć, że okoliczności wskazywane przez odwołującego zostały protokolarnie potwierdzone w dniu 14 grudnia 2009r przez odwołującego i członków komisji zamawiającego. Protokół zawiera uwagi złożone przez odwołującego. Podpisy na protokole ze strony zamawiającego nie mogą jednak stanowić potwierdzenia dla stwierdzonych przez wykonawcę okoliczności, gdyż ustawa Pzp nie przewiduje procedury badania i oceny przez zamawiającego dokumentów złożonych w ofertach, przy współudziale wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe należało stwierdzić, iż Konsorcjum Szulc-Polakowski złożyło wymagane dokumenty, z których wynika, że wykonawca spełnia warunek dotyczący wykazania, że dysponuje osobami z uprawnieniami do obsługi 5 urządzeń zrywkowych do zrywki nasiębniernej. W tych okolicznościach nie potwierdził się zarzut, iż nie dołączono do oferty wystarczającej ilości uprawnień HDS, co narusza pkt. V. 4 i pkt 6 siwz i winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10

7

w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp i uznaniem oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W zakresie wymagania dotyczącego osób z uprawnieniami pilarzy, Konsorcjum Szulc-Polakowski przedstawiło pierwotnie w ofercie wykaz 22 osób. Konsorcjum Szulc-Polakowski nie przedłożyło w ofercie zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób, wobec czego należy uznać, iż stosownie do oświadczenia, zawartego w pkt 2 załącznika nr 4 do siwz złożonego w ofercie, wykonawca oświadczył, że dysponuje osobami wymienionymi wykazie, w tym p. Stanisławem K. i Henrykiem Z.

Odwołujący podnosił, iż w ofercie Konsorcjum Szulc-Polakowski złożono nieprawdziwe zaświadczenie o ukończeniu kursu przez Stanisława K. Nadto, wg oświadczenia tej osoby jej dane osobowe wykorzystano bez jej wiedzy i zgody – Stanisław K. nie zamierzał uczestniczyć w wykonaniu zadania jako personel ww. wykonawcy.

Wobec treści oświadczenia złożonego przez Stanisława K. (pismo z dnia 15 grudnia 2009r.), że nie udostępniał Konsorcjum Szulc-Polakowski swoich danych osobowych, ani dokumentów (zaświadczenia o ukończeniu kursu pilarza) i nie zamierzał pracować dla tego konsorcjum w charakterze pilarza, ani innym przy wykonywaniu zamówienia, za potwierdzone należało uznać fakt, że oświadczenie złożone przez Konsorcjum Szulc-Polakowski o dysponowaniu ww. osobą przy realizacji zamówienia nie znajduje uzasadnionego oparcia w stanie faktycznym. Uzasadnione wątpliwości budzi także prawdziwość zaświadczenia o ukończeniu kursu pilarza przez Stanisława K., które zostało złożone w ofercie Konsorcjum Szulc-Polakowski. Wskazać należy, iż zaświadczenie dotyczące Stanisława K. złożone w ofercie Konsorcjum Szulc-Polakowski i zaświadczenie złożone w ofercie odwołującego dotyczące Wiesława K. mają ten sam nr 362/87 i takie same pozostałe cechy, w tym np. tę samą datę urodzenia ww. osób itp. Odwołujący okazał w toku rozprawy oryginalne zaświadczenie o ukończeniu kursu pilarza przez Stanisława K. z dnia 28 maja 2003 r., które zawiera inne dane i posiada zupełnie inne cechy w porównaniu z dokumentem z dnia 18 kwietnia 1987 r. W tym zakresie zarzut złożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum Szulc-Polakowski został przez odwołującego uprawdopodobniony w stopniu wystarczającym do podjęcia przez zamawiającego czynności w postaci wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień treści złożonych oświadczeń i dokumentów, co też zamawiający uczynił (pismo z dnia 16 grudnia i 17 grudnia 2009 r.). Wezwanie z dnia 16 grudnia 2009 r. do przedłożenia dokumentów potwierdzających tytuł prawny wykonawcy do dysponowania wskazanymi osobami nastąpiło na skutek zgłoszonych w dniu 14 grudnia 2009 r. przez odwołującego zastrzeżeń w tym zakresie. Wykonawca wyjaśnił, że otrzymał jedynie ustne zapewnienie ww. osób, wobec czego zamawiający wezwał wykonawcę do skorygowania wykazu przez pominięcie tych osób. Konsorcjum Szulc-Polakowski złożyło nowy wykaz osób w dniu 21 grudnia 2009 r.

Zauważyć należy, że pomimo pominięcia ww. dwóch osób, wykaz obejmujący pozostałe 20 osób potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Skoro wykonawca nie był w stanie wykazać prawdziwości złożonego oświadczenia o dysponowaniu ww. osobami przy realizacji zamówienia to należy uznać, że oświadczenie w tym zakresie jest nieprawdziwe.

Do zastosowania sankcji w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp konieczne jest jednak wypełnienie łącznie drugiej przesłanki określonej w ww. przepisie tj. że złożona nieprawdziwa informacja miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. W danym stanie faktycznym przesłanka powyższa nie została spełniona, ponieważ złożony w ofercie wykaz osób z wymaganymi uprawnieniami pilarza potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w przypadku pominięcia ww. dwóch osób. W związku z tym, złożenie oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacje co do dysponowania dwiema osobami wymienionymi w wykazie lub też złożenie zaświadczenia o ukończeniu kursu pilarza zawierającego nieprawdziwe informacje nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania tj. na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Szulc-Polakowski oraz w konsekwencji – wpływu na wybór oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

W orzecznictwie za utrwalony przyjmuje się pogląd, że w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania niedopuszczalne jest uzupełnianie dokumentów. Zamawiający jest wówczas zobowiązany wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Konieczne jest jednak wykazanie, że złożenie nieprawdziwej informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Powyższa sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Szulc-Polakowski na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podkreślić należy, że brak złożenia w ofercie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. nie złożenie w ogóle dokumentów lub złożenie dokumentów zawierających błędy lub braki, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani wprost do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający ma obowiązek w takim przypadku wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów (z zastrzeżeniem wyjątków wskazanych w tym przepisie), natomiast zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp, zamawiający może żądać złożenia wyjaśnień treści złożonych dokumentów. Postanowienia w tym zakresie obowiązują z mocy ustawy Pzp, dlatego nie ma wymogu, aby specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała powyższe postanowienia. Zastosowanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie stanowi zmiany treści siwz. Uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie stanowi również zmiany treści oferty. Z uwagi na powyższe złożenie „nowego” wykazu osób

z pominięciem dwóch osób wskazanych pierwotnie w wykazie złożonym w ofercie Konsorcjum Szulc-Polakowski, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie narusza przepisów ustawy Pzp i nie stanowi zmiany treści oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Nieuzasadnione jest twierdzenie, iż złożenie oferty przez Konsorcjum Szulc-Polakowski stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwierdzenie, że złożenie nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum Szulc-Polakowski jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami nie wyczerpuje przesłanek uznania tego działania za czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 ww. ustawy działanie takie musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Złożenie informacji nieprawdziwych, które nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania, nie narusza interesu odwołującego w postępowaniu. Odwołujący w szczególności nie wykazał w toku postępowania naruszenia jego interesu, a stosownie do treści art. 6 k.c., na tym, kto twierdzi i z twierdzenia wywodzi skutki prawne, spoczywa ciężar dowodu. Brak zatem podstaw do uznania, że oferta Konsorcjum Szulc-Polakowski podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Izba nie podzieliła twierdzenia zamawiającego wyrażonego w rozstrzygnięciu protestu, iż odwołujący powziął lub co najmniej mógł powziąć wiadomość o czynności wezwania Konsorcjum Szulc-Polakowski do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów w trakcie przeglądania oferty w dniu 17 grudnia 2009r. Zamawiający nie wykazał, że odwołujący zapoznał się z treścią wezwania skierowanego przez zamawiającego do Konsorcjum Szulc-Polakowski, a stosownie do brzmienia art. 96 ust. 3 Pzp załączniki do protokołu postępowania (oprócz ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w się po oferty postępowaniu) udostępnia dopiero wyborze najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania.

Wobec powyższych ustaleń Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego zasad określonych w przepisach art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

10

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

11