

WYROK

z dnia 16 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Barbara Bettman

Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **konsorcjum wykonawców Łukasza Gila, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Bór” Łukasz Gil, ul. Baczewskiego 18/1, 74-400 Dębno; Annę Gil prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Anna Gil, ul. Baczewskiego 18/1, Magdalenę Dutkę – Białowąs prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Trans-Mag” Zakład Usług Sprzętowych i Leśnych Magdalena Dutka – Białowąs, ul. Ogrodowa 2, 67-112 Siedlisko** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ośno Lubuskie, ul. Rzepińska 11, 69-220 Ośno Lubuskie** protestu z dnia 18 lutego 2010 r.

przy udziale **konsorcjum wykonawców: Roberta Gruszki, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Gruszka Robert, ul. Namyślińska 9, 66-470 Kostrzyn n. Odrą; Marcina Olejniczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marcin Usługi Leśne i Naprawa Maszyn Rolniczych i Leśnych oraz Pojazdów Mechanicznych Olejniczak Marcin, ul. Słowackiego 9, 69-220 Ośno Lubuskie; Jana Kucińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Jan Kuciński, Dąbroszyn 49, 66-460 Witnica; Stefanii Zygmunt, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych i Szkółkarskich Stefania Zygmunt, ul. Podgórze 10, 69-220 Ośno Podgórze 10; Piotra Dudalę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Piotr**

Dudała, Ośno Kościuszki 2b/2, Kazimierza Kardasza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Kazimierz Kardasz, Ownice, ul. Ogrodowa 19, 66-436 Słońsk; Mieczysława Draczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne i Transportowe Mieczysław Draczyński, Ośno Wyspiańskiego 10/1, Eugeniusza Felisiaka, Teodora Felisiaka, Ryszarda Felisiaka, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne E.T.R. Felisiak, 69-220 Smogóry 50/3 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Łukasza Gila, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Bór” Łukasz Gil, ul. Baczewskiego 18/1, 74-400 Dębno; Annę Gil prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Anna Gil, ul. Baczewskiego 18/1, Magdalenę Dutkę – Białowąs prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Trans-Mag” Zakład Usług Sprzętowych i Leśnych Magdalena Dutka – Białowąs, ul. Ogrodowa 2, 67-112 Siedlisko** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr (słownie: czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczanego przez **konsorcjum wykonawców Łukasza Gila, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Bór” Łukasz Gil, ul. Baczewskiego 18/1, 74-400 Dębno; Annę Gil prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Anna Gil, ul. Baczewskiego 18/1,**

Magdalenę Dutkę – Białowąż prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Trans-Mag” Zakład Usług Sprzętowych i Leśnych Magdalena Dutka – Białowąż, ul. Ogrodowa 2, 67-112 Siedlisko,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4315 zł 26 gr (słownie: cztery tysiące trzysta piętnaście złotych dwadzieścia sześć groszy)** przez konsorcjum wykonawców **Łukasza Gila, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Bór” Łukasz Gil, ul. Baczewskiego 18/1, 74-400 Dębno; Annę Gil prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Anna Gil, ul. Baczewskiego 18/1, Magdalenę Dutkę – Białowąż prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Trans-Mag” Zakład Usług Sprzętowych i Leśnych Magdalena Dutka –**

Białowąż, ul. Ogrodowa 2, 67-112 Siedlisko na rzecz **Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ośno Lubuskie, ul. Rzepińska 11, 69-220 Ośno Lubuskie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 Łukasza Gila, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Bór” Łukasz Gil, ul. Baczewskiego 18/1, 74-400 Dębno; Annę Gil prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Anna Gil, ul. Baczewskiego 18/1, Magdalenę Dutkę – Białowąż prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Trans-Mag” Zakład Usług Sprzętowych i Leśnych Magdalena Dutka – Białowąż, ul. Ogrodowa 2, 67-112 Siedlisko.**

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ośno Lubuskie, ul. Rzepińska 11, 69-220 Ośno Lubuskie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Ośno Lubuskie w latach 2010-2012”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 stycznia 2010r., nr 2010/S 7-007694.

Zamawiający pismem z dnia 11 lutego 2010 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w dniu 11 lutego 2010 r.) poinformował wykonawców Łukasza Gila, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych „Bór” Łukasz Gil, ul. Baczewskiego 18/1, 74-400 Dębno; Annę Gil prowadzącą działalność gospodarczą pod

nazwą Usługi Leśne Anna Gil, ul. Baczewskiego 18/1, Magdalenę Dutkę – Białowąż prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Trans-Mag” Zakład Usług Sprzętowych i Leśnych Magdalena Dutka – Białowąż, ul. Ogrodowa 2, 67-112 Siedlisko, zwanych dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr 3 (wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej w leśnictwie Słońsk, Drogomin, Łabędzia Góra), oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców Zakład Usług Leśnych Gruszka Robert, Usługi Leśne i Naprawa Maszyn Rolniczych i Leśnych oraz Pojazdów Mechanicznych Olejniczak Marcin, Usługi Leśne Jan Kuciński, Zakład Usług Leśnych i Szkółkarskich Stefania Zygmunt, Usługi Leśne Piotr Dudała, Zakład Usług Leśnych Kazimierz Kardasz, Usługi Leśne i Transportowe Mieczysław Draczyński, Eugeniusza Felisiaka, Teodora Felisiaka, Ryszarda Felisiaka, Usługi Leśne E.T.R. Felisiak, zwanych dalej „Przystępującym”.

Pismem z dnia 18 lutego 2010 r. (wpływ do Zamawiającego 18 lutego 2010r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających

na zaniechaniu wykluczenia z postępowania Przystępującego, nie uznaniu jego oferty za odrzuconą, a następnie uznanie tej oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 23 ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. wykluczenie Przystępującego z udziału postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznanie jego oferty za odrzuconą
2. powtórne dokonanie przez Zamawiającego czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. powtórne dokonanie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący sformułował następujące zarzuty:

Zarzut, iż Przystępujący nie przedłożył pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie przedłożył pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w pkt 11.10. ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzasadniając ten zarzut wskazał, że Przystępujący załączył do oferty umowę konsorcjum, która nie była wymagana przez Zamawiającego, a ponadto została zawarta dla zupełnie innego postępowania, a mianowicie dotyczącego „realizacji usług leśnych przewidzianych do wykonania w okresie od 01 stycznia 2010r. do 31 grudnia 2015r. w Nadleśnictwie Ośno Lubuskie zgodnie z przedmiotem zamówienia określonym w pakiecie nr od 1 do 5 do dnia 31 grudnia 2013r.” Tymczasem postępowanie, którego dotyczy

niniejszy protest prowadzone jest w sprawie wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Ośno Lubuskie w latach 2010-2012, a jego przedmiot obejmuje 3 pakiety. Wywodził ponadto, że umowa przedłożona przez Przystępującego sporządzona została w dniu 1.12.2009r., natomiast ogłoszenie o zamówieniu zostało przez Zamawiającego opublikowane dopiero w dniu 8.01.2010r. Podnosił także, że wchodzący w skład Konsorcjum Przystępującego: Ryszard Felisiak, Eugeniusz Leszek Felisiak i Teodor Felisiak, działający w formie spółki cywilnej, nie przedłożyli pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dla występującego w ich imieniu współnika - Eugeniusza Leszka Felisiaka.

Zarzut dotyczący zaświadczeń o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej

Odwołujący podniósł, iż zaświadczenia o wpisach do ewidencji działalności gospodarczej przedłożone przez wchodzących w skład Konsorcjum Przystępującego: Ryszarda Felisiaka, Eugeniusza Leszka Felisiaka i Teodora Felisiaka zostały wystawione w dniu 26.03.2001r. Ponadto wywodził, że przedmiotowe zaświadczenia są wadliwe, gdyż w ogóle nie zawierają kodów PKD przyporządkowanych do poszczególnych rodzajów prowadzonej działalności. Zwracał również uwagę, że zaświadczenia o wpisach do ewidencji działalności gospodarczej przedłożone przez wchodzących w skład Konsorcjum Przystępującego Roberta Gruszki oraz Stefani Zygmunta zawierają nieaktualne kody PKD.

Zarzut dotyczący zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu podatków

Odwołujący podniósł, że przedłożone przez wchodzących w skład Konsorcjum Przystępującego: Ryszarda Felisiaka, Eugeniusza Leszka Felisiaka i Teodora Felisiaka zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wystawione wyłącznie na spółkę cywilną nie jest miarodajne do oceny czy poszczególni Wykonawcy faktycznie nie zalegają z opłacaniem podatków. Wywodził, że spółka cywilna posiada status podatnika wyłącznie w zakresie podatku VAT. W odniesieniu zaś do podatku dochodowego, podatnikami są jej poszczególni wspólnicy, którzy stosownych zaświadczeń wymaganych przez Zamawiającego nie przedłożyli.

Zarzut dotyczący zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne

Odwołujący podniósł, że przedłożone przez wchodzących w skład Konsorcjum Przystępującego Ryszarda Felisiaka, Eugeniusza Leszka Felisiaka i Teodora Felisiaka zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione wyłącznie na spółkę cywilną jest nieprawidłowe i nie jest miarodajne do oceny czy poszczególni Wykonawcy faktycznie

nie zalegają z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Wywodził, że

ubezpieczeniu społecznemu podlega indywidualna działalność gospodarcza, nawet gdy ubezpieczony prowadzi ją jako wspólnik spółki cywilnej, a nie działalność tej spółki.

Zarzut dotyczący świadectwa o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin w produkcji rolnej i leśnictwie

Odwołujący podniósł, iż wygasły uprawnienia, wskazanej przez Przystępującego w wykazie stanowiącym załącznik nr 5 do oferty, osoby uprawnionej do stosowania środków ochrony roślin. Wywodził, że osoba ta uzyskała świadectwo o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin w produkcji rolnej i leśnictwie w dniu 30.04.2002r., zaś w myśl art. 116 ustawy z dnia 18.12.2003r. o ochronie roślin, zaświadczenia o ukończeniu szkolenia w zakresie obrotu, konfekcjonowania lub stosowania środków ochrony roślin wydane na podstawie dotychczasowych przepisów tracą ważność po upływie 5 lat od dnia ich wydania.

Zarzut dotyczący przedłożenia zaświadczeń o numerach identyfikacyjnych REGON oraz decyzji w sprawie nadania NIP

Odwołujący podnosił, że Przystępujący, wbrew wymaganiom wynikającym z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a także określonym przez Zamawiającego w siwz, przedłożył dodatkowe dokumenty w postaci zaświadczeń o numerach identyfikacyjnych REGON oraz decyzji w sprawie nadania NIP dotyczących poszczególnych Wykonawców.

Zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu

W świetle przytoczonych wyżej zarzutów Odwołujący podnosił także, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 01 marca 2010 r. doręczonym Odwołującemu w dniu 1 marca 2010 roku Zamawiający uwzględnił protest w części, zaś w pozostałej jako bezzasadny oddalił. Do podniesionych przez odwołującego zarzutów Zamawiający ustosunkował się następująco:

Zarzut, iż Przystępujący nie przedłożył pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Zamawiający podniósł, że fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący zamiast dokumentu zatytułowanego „pełnomocnictwo” przedłożyło umowę konsorcjum nie świadczy o tym, że nie przedłożyło ono pełnomocnictwa, o którym mowa art. 23 ust. 2 PZP.

Zamawiający podzielił natomiast zarzut Protestującego, iż przedłożona przez Konsorcjum umowa konsorcjum zawarta została zupełnie dla innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego z umowy tej nie wynika upoważnienie dla lidera Przystępującego do reprezentowania Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, a jedynie do reprezentowania we wcześniej prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, które zostało unieważnione.

Zamawiający uznał także zarzut, iż do podpisania przez wykonawcę Eugeniusza Felisiaka umowy konsorcjum Przystępującego, a tym samym udzielenia pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum p. Roberta Gruszka potrzebna była zgoda pozostałych wspólników spółki cywilnej. W świetle powyższego Zamawiający przyjął, iż p. Eugeniusz Felisiak nie był należycie umocowany do reprezentacji pozostałych wspólników spółki cywilnej tj. Ryszarda Felisiaka i Teodora Felisiaka.

Zamawiający nie zgodził się natomiast z Odwołującym, iż powyższe uchybienia skutkują odrzuceniem oferty Przystępującego z przedmiotowego postępowania. Powołał się w tym zakresie na treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający zanim odrzuci ofertę ma najpierw obowiązek wezwać Przystępującego do uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa.

Zarzut dotyczący zaświadczeń o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej

Zamawiający podniósł, że wykonawcy będący osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej w niniejszym postępowaniu nie mieli obowiązku w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp przedkładania zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej.

W świetle powyższego Zamawiający oddalił zarzut, iż przedłożone przez wchodzących w skład Konsorcjum Przystępującego: Ryszarda Felisiaka, Leszka Felisiaka i Teodora Felisiaka prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej zaświadczenia o wpisach do ewidencji działalności gospodarczej są nieaktualne i zawierają istotne braki, a tym samym stanowią podstawę do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania.

Zarzut dotyczący nie przedłożenia zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu podatków oraz zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne

Zamawiający uznał zarzut Odwołującego, iż przedłożone przez wchodzących w skład Konsorcjum Przystępującego: Ryszarda Felisiaka, Eugeniusza Felisiaka i Teodora Felisiaka prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach oraz o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione wyłącznie na spółkę cywilną nie są miarodajne do oceny, czy poszczególni jej Wykonawcy faktycznie nie zalegają z opłacaniem podatków oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne.

Zamawiający nie zgodził się natomiast ze stanowiskiem Odwołującego, iż brak w/w zaświadczeń dla każdego wspólnika skutkuje wykluczeniem Przystępującego z przedmiotowego postępowania. Podnosił, iż w związku z tym, że zaświadczenia te są dokumentami składanym w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający zobligowany jest wezwać Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do ich uzupełnienia.

Zarzut dotyczący nie przedłożenia świadectwa o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin w produkcji rolnej i leśnictwie

Zamawiający oddalił ww. zarzut podnosząc, iż zgodnie z 7.3. pkt 10 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedłożyli aktualne zaświadczenie o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin (art. 74 ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o ochronie roślin - Dz. U. z 2008 r. Nr 133, poz. 849 z późn. zm.) dla osób wskazanych w wykazie osób sporządzonym wg załącznika nr 5 do SIWZ - wymagane jedynie w przypadku składania oferty na wykonanie pakietu nr 1.

Zarzut dotyczący przedłożenia zaświadczeń o numerach identyfikacyjnych REGON oraz decyzji w sprawie nadania NIP

Zamawiający oddalił ww. zarzut podnosząc, iż Przystępujący przedkładając wraz z ofertą dodatkowe dokumenty w postaci zaświadczeń o numerach identyfikacyjnych REGON oraz decyzji w sprawie nadania NIP dotyczących poszczególnych wspólników, które nie były wymagane w SIWZ nie naruszył przepisów ustawy Pzp a także wymagań określonych w SIWZ. W ocenie Zamawiającego fakt, iż Przystępujący przedłożył w/w dokumenty w żadnym wypadku nie może wpływać na ważność złożonej oferty, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny oferty tylko na podstawie dokumentów wymaganych w SIWZ.

Zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu

Zamawiający oddalił zarzut Odwołującego, iż Przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i tym samym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3) ustawy Pzp. Podniósł, że Przystępujący nie złożył wraz z ofertą fałszywych dokumentów i nie próbował wywieźć z treści dokumentów innych wniosków niż z nich wprost wypływające.

Pismem z dnia 10 marca 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 10 marca 2010r., data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 10 marca 2010 r.).

Odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1, pkt 1, art. 23 ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5, ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego. Wniósł o

- 1) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu i o uznanie jego oferty za odrzuconą;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 4) obciążenie Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnionymi kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Podniósł, że w sytuacji gdy Zamawiający uznał zarzut dotyczący nie przedłożenia przez Przystępującego pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych a także zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu podatków oraz zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne zobligowany jest wykluczyć Przystępującego z udziału w postępowaniu i odrzucić jego ofertę a nie wzywać go do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ustęp 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście dotyczące zaświadczeń o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, świadectwa o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin w produkcji rolnej i leśnictwie, zaświadczeń o numerach

identyfikacyjnych REGON oraz decyzji w sprawie nadania NIP oraz zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Na posiedzeniu Zamawiający wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600,00 zł , na co przedłożył rachunek oraz kosztów dojazdu na rozprawę w wysokości 715,26 zł, zgodnie z przedłożonymi biletami.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:

Zamawiający w pkt 11.10.ppkt 2) SIWZ żądał w przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przystępujący przedłożył wraz z ofertą umowę konsorcjum, z której wynika umocowanie dla p. Roberta Gruszki do reprezentowania Przystępującego w kontaktach z Zamawiającym i do podpisywania dokumentów przetargowych ze skutkiem prawnym w imieniu i na rzecz wszystkich partnerów Konsorcjum. Z treści umowy konsorcjum wynika, że została ona podpisana 01 grudnia 2009 r. „na czas realizacji usług leśnych przewidzianych do wykonywania w okresie od 01 stycznia 2010 r. do 31 grudnia 2013 r. w Nadleśnictwie Ośno Lubuskie zgodnie z przedmiotem zamówienia w pakiecie od 1 do 5 do dnia 31 grudnia 2013 r.”. W imieniu członka konsorcjum – spółki cywilnej Usługi Leśne E.T.R. Felisiak umowę konsorcjum podpisał wspólnik spółki cywilnej Eugeniusz Felisiak.

Zamawiający w pkt 7.3. ppkt 3) SIWZ wymagał od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Z kolei zgodnie z pkt 7.3. ppkt 4) SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobligowany był do przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu

Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Przystępujący wraz z ofertą przedłożył m.in. zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Słubicach z dnia 19. 11. 2009 r. potwierdzające, że „Usługi Leśne S.C. Teodor Felisiak, Eugeniusz Felisiak, Ryszard Felisiak” nie posiada zaległości podatkowych wg stanu na dzień 19.11.2009 r. oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gorzowie Wlkp. Inspektorat w Słubicach w dniu 23.11.2009 potwierdzające, że spółka Usługi Leśne ETR Felisiak Smogóry 50/3, 69-220 Osno Lubuskie nie posiada zaległości w opłacaniu składek.

Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby wykonawcy będący osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej przedkładali wraz z ofertą zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej.

Przystępujący złożył wraz z ofertą zaświadczenia o wpisach do ewidencji działalności gospodarczej dla członków konsorcjum: Ryszarda Felisiak, Eugeniusza Leszka Felisiak i Teodora Felisiak, które zostały wystawione w dniu 26.03.2001 r., Zaświadczenia te nie zawierają kodów PKD. Zaświadczenia o wpisach do ewidencji działalności gospodarczej przedłożone przez dla członka konsorcjum Roberta Gruszka oraz Stefani Zygmunta zawierają nieaktualne kody PKD. Aktualność zaświadczeń została potwierdzona przez organy ewidencyjne na mniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający zgodnie z 7.3. pkt 10 SIWZ wymagał, aby wykonawcy w przypadku składania oferty na wykonanie pakietu nr 1 na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedłożyli aktualne zaświadczenie o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin (art. 74 ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o ochronie roślin - Dz. U. z 2008 r. Nr 133, poz. 849 z późn. zm.) dla osób wskazanych w wykazie osób sporządzonym wg załącznika nr 5 do SIWZ. Przystępujący przedłożył wraz z ofertą świadectwo o ukończeniu szkolenia p. Jacka B. w zakresie m.in. stosowania środków ochrony roślin w produkcji i leśnictwie - art. 35 ust. 2 ustawy z dnia 12 lipca 1995 r. o

ochronie roślin uprawnym (Dz. U. z 1999 r. Nr 66, poz 751 z późn. zm.) wystawione 30.04.2002 r.

Odwolujący nie złożył oferty na wykonanie pakietu 1.

Zamawiający w SIWZ nie wymagał przedkładania przez wykonawców dokumentów w postaci zaświadczeń o numerach identyfikacyjnych REGON oraz decyzji w sprawie nadania NIP.

Przystępujący wraz z ofertą złożył dokumenty w postaci zaświadczeń o numerach identyfikacyjnych REGON oraz decyzji w sprawie nadania NIP dotyczących poszczególnych członków konsorcjum.

Zamawiający w SIWZ wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Przystępujący złożył wraz z ofertą powyższe oświadczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwolujący jako podmiot, którego oferta w przypadku odrzucenia oferty Protestującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą legitymuje się interesem

prawnym o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania.

Izba nie rozpatrywała zarzutu dotyczącego przedłożenia przez Przystępującego nieaktualnego zaświadczenia o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin wobec cofnięcia tego zarzutu przez Odwołującego na rozprawie.

Zarzut Odwołującego, iż Zamawiający który uznał zarzut dotyczący nie przedłożenia przez Przystępującego pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych a także zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu podatków oraz

zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne zobligowany jest wykluczyć Przystępującego z udziału w postępowaniu i odrzucić jego ofertę a nie wzywać go do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ustęp 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny.

Bezspornym pomiędzy stronami było, iż Przystępujący nie złożył prawidłowego pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum do reprezentowania członków konsorcjum w niniejszym postępowaniu, a także iż Przystępujący nie złożył zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu podatków oraz zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne dla wchodzących w skład konsorcjum Teodora Felisiaka, Eugeniusza Felisiaka i Ryszarda Felisiaka.

Podkreślić należy, że zarówno dokument pełnomocnictwa jak i zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu podatków oraz zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne są dokumentami których brak lub błędy obliguje Zamawiającego do wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Pełnomocnictwa są wprost wymienione w tym przepisie, zaś zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu podatków oraz zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne są dokumentami składanymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wymienionymi w *Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.*

Obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym wprost z postanowień art. 26 ust. 3 Pzp, jest przed wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty, wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Czynność odrzucenia oferty, bez uprzedniego umożliwienia uzupełnienia dokumentów, naruszałaby art. 26 ust. 3 Pzp. Dopiero bezskuteczność takiego wezwania powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. i odrzucenia jego oferty.

Twierdzenie Odwołującego, iż w niniejszej sprawie uzupełnienie pełnomocnictwa jest niemożliwe z uwagi na upływ terminu składania ofert również nie zasługuje na

uwzględnienie. Po pierwsze, do dokumentów pełnomocnictwa składanych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia nie ma zastosowania zakaz określony w art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp. Ograniczenie o którym mowa w tym przepisie dotyczy jedynie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających że oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Po drugie uzupełnienie dokumentów, w tym pełnomocnictwa, stanowi właściwie dokonaną czynność, gdy mimo daty wystawienia dokumentów po upływie terminu składania ofert, potwierdzają one spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Zatem, w ocenie KIO, Przystępujący w niniejszej sprawie ma możliwość skutecznego

złożenia pełnomocnictwa w terminie wymaganym przez Zamawiającego, z którego wynikać będzie zakres umocowania lidera, w tym do czynności podpisania oferty konsorcjum i potwierdzenie przez uprawnionych reprezentantów członków konsorcjum, że do tej czynności lider konsorcjum umocowany był w dacie składania ofert.

Gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego o obowiązku uzupełnienia pełnomocnictwa, ale w taki sposób, że wystawienie pełnomocnictwa ma nastąpić w terminie (z datą) nie późniejszym, niż upływ terminu składania ofert, wówczas przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie miałby sensu, a wykonawcy zobowiązani byłiby do wystawiania dokumentów z datą wsteczną, co jest niedozwolone i niemożliwe do spełnienia. A zatem w tym zakresie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadkach objętych jego dyspozycją (a taki przypadek w ocenie Izby zachodzi w niniejszej sprawie) jest regulacją szczególną w stosunku do przepisów ogólnych.

Odwołujący nie wykazał także, że zachodzą okoliczności wymienione w art. 26 ust. 3 Pzp wskazujące, że nie wzywa się do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji, gdy mimo ich uzupełnienia, oferta wykonawcy i tak podlega odrzuceniu, z innych względów. W szczególności nie można uznać, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z powodu podania nieprawdziwych informacji (oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu), co podnosił Odwołujący.

Odnosząc się bowiem do podniesionego przez Odwołującego zarzutu podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, Izba uznała, że zarzut ten jest nieuzasadniony. Aby stwierdzić, że Przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, muszą zostać łącznie spełnione dwie przesłanki (z których żadna w ocenie Izby nie została spełniona):

- 1) należy wykazać, że złożone informacje są nieprawdziwe (np. że przystępujący zalega z opłacaniem podatków albo składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne) – a informacje złożone przez Przystępującego nie były nieprawdziwe, jedynie Przystępujący nie złożył dokumentów pozwalających ustalić czy zalega z opłacaniem podatków albo

składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne – zaistniałe wątpliwości Zamawiający ma obowiązek usunąć w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz

- 2) należy uznać, że przedstawione informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania

– przed wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp taki zarzut jest przedwczesny.

Zarzut, iż przedłożone przez wchodzących w skład Konsorcjum Przystępującego: Ryszarda Felisiaka, Leszka Felisiaka i Teodora Felisiaka prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej zaświadczenia o wpisach do ewidencji działalności gospodarczej są nieaktualne i zawierają istotne braki dotyczące kodów PKD, a tym samym stanowią podstawę do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania w ocenie Izby jest również bezzasadny.

Po pierwsze wykonawcy będący osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej w niniejszym postępowaniu nie mieli w ogóle obowiązku przedkładania zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, a jedynie złożenie oświadczenia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, co Przystępujący uczynił. W myśl pkt 7.3.2) SIWZ obowiązek przedłożenia odpisu z właściwego rejestru ciążył jedynie na tych wykonawcach, w stosunku do których odrębne przepisy wymagają wpisu do właściwego rejestru.

Na marginesie stwierdzić należy, że aktualność złożonych przez Przystępującego zaświadczeń została potwierdzona odrębnie przez właściwe organy ewidencyjne na mniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, co w orzecznictwie powszechnie uznaje się za wypełnienie obowiązku złożenia zaświadczenia wystawionego na mniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Chybione jest bowiem podnoszenie, iż zaświadczenia wydawane przez organy samorządu terytorialnego czy jakiegokolwiek inne zaświadczenia urzędowe, o których stanowi art. 217 i n. Kpa, mogą przybierać jedynie ściśle określoną formę nowego i odrębnego dokumentu. Kodeks postępowania administracyjnego ustanawia jedynie materialne podstawy wydawania zaświadczeń, czyli potwierdzania przez organ administracji określonych faktów bądź stanu prawnego, nie określając przy tym szczegółowej formy (poza ogólną zasadą pisemnego działania administracji) w jakiej

powyższe ma być dokonywane.

Zastosowanie w tym przypadku znajduje natomiast dopuszczony i praktykowany w wielu urzędach j.s.t. sposób załatwienia sprawy przepis § 22 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej dla organów gmin i związków międzygminnych (Dz. U. z dnia 31 grudnia 1999 r.), które

stanowią, że przy pisemnym załatwieniu sprawy stosuje się formę odręczną, korespondencyjną lub inną (np. przy użyciu pieczęci z odpowiednim tekstem, na formularzu), natomiast forma odręczna jest skróconym sposobem załatwienia sprawy i polega na sporządzeniu przez referenta, po zarejestrowaniu sprawy, bezpośrednio na otrzymanym piśmie, zwięzłej odpowiedzi załatwiającej sprawę lub na sporządzeniu na nim odręcznej notatki wskazującej sposób jej załatwienia.

Odnosnie zarzutu Odwołującego, iż przedłożone przez Przystępującego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej nie zawierają kodów PKD lub zawierają kody nieaktualne Izba ustaliła, że do wykonywania zakresu czynności objętych przedmiotem niniejszego zamówienia (usługi leśne) nie jest konieczne posiadanie przez wykonawcę jakiegokolwiek zezwolenia administracyjnego. Zatem skoro dana działalność nie podlega ograniczeniom administracyjnym to nie można odmówić prawa do jej wykonywania. Przy czym sposób klasyfikacji rodzajów działalności (wg PKD czy wg PKWiU) nie ma znaczenia dla stwierdzenia, czy dany podmiot posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności czy też nie. Nawet zatem, jeśli w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej wykonawcy nie została ujawniona działalność objętą przedmiotem zamówienia, nie oznacza to, że wykonawca nie posiada uprawnień do wykonywania takiej działalności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, tak jak to wywodzi Odwołujący. Organ dokonujący wpisu do właściwego rejestru (ewidencji) nie rozstrzyga bowiem o prawie do prowadzenia działalności.

Stanowisko takie było prezentowane w orzecznictwie Zespołu Arbitrów (wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 02.08.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1937/05) a także kontynuowane przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok sygn. akt KIO/UZP 22/08, KIO/UZP 82/08 i KIO/UZP 815/08) i zostało potwierdzone przez Sąd Okręgowy w Kaliszu (sygn. akt VI Ga 29/08).

Wreszcie podnieść należy, iż prowadzenie działalności gospodarczej nie jest przesłanką ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego przedłożenia wraz z ofertą przez Przystępującego dodatkowych dokumentów w postaci zaświadczeń o numerach identyfikacyjnych REGON oraz decyzji w sprawie nadania NIP dotyczących poszczególnych współników, które nie wymagane w SIWZ stwierdzić należy, że okoliczność ta w żadnym wypadku nie może wpływać na ważność złożonej oferty.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż Zamawiający zasadnie oddalił protest co do zarzutów, które Odwołujący podniósł w odwołaniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy oraz koszty dojazdu pełnomocników zamawiającego na posiedzenie Izby w wysokości 715,26 zł na podstawie biletów dołączonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....