

WYROK

z dnia 4 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
Małgorzata Rakowska
Katarzyna Ronikier – Dolańska
protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2011 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

**A. Marcina Hirszfelda prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą
M.H. FOREST Marcin Hirszfeld Dąbrowa Nowa 9, 64-316 Kuślin,**

**B. Janusza Hirszfelda prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą
Zakład Usług Leśnych Janusz Stanisław Hirszfeld Dąbrowa Nowa 9,
64-316 Kuślin**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Lasy Państwowe Nadleśnictwo Grodzisk z siedzibą w Lasówkach
62-065 Grodzisk Wielkopolski**

orzeka:

- 1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje unieważnienie czynności
wykluczenia odwołujących z postępowania oraz powtórzenie
czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu I i III,**

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 1 z 16

- 2. kosztami postępowania obciąża Lasy Państwowe Nadleśnictwo
Grodzisk z siedzibą w Lasówkach 62-065 Grodzisk Wielkopolski
i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości
15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)
z kwoty wpisu uiszczanego przez Marcina Hirszfelda prowadzącego
działalność gospodarczą pod nazwą M.H. FOREST Marcin Hirszfeld
Dąbrowa Nowa 9, 64-316 Kuślin,**
- 2) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości
15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)
z kwoty wpisu uiszczanego przez Janusza Hirszfelda prowadzącego
działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Janusz
Stanisław Hirszfeld Dąbrowa Nowa 9, 64-316 Kuślin,**
- 3) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy
sześćset złotych zero groszy) przez Lasy Państwowe Nadleśnictwo
Grodzisk z siedzibą w Lasówkach, 62-065 Grodzisk Wielkopolski
na rzecz Marcina Hirszfelda prowadzącego działalność gospodarczą
pod nazwą M.H. FOREST Marcin Hirszfeld Dąbrowa Nowa 9,
64-316 Kuślin stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione
z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 4) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy
sześćset złotych zero groszy) przez Lasy Państwowe Nadleśnictwo
Grodzisk z siedzibą w Lasówkach, 62-065 Grodzisk Wielkopolski
na rzecz Janusza Hirszfelda prowadzącego działalność gospodarczą
pod nazwą Zakład Usług Leśnych Janusz Stanisław Hirszfeld
Dąbrowa Nowa 9, 64-316 Kuślin stanowiącej uzasadnione koszty
strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 2 z 16

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 3 z 16

UZASADNIENIE
do wyroku KIO 2731/10 i 2732/10 z 4 stycznia 2011 r.

Zamawiający – Nadleśnictwo Grodzisk z siedzibą w Lasówkach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie „usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Grodzisk w 2011 roku” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 października 2010 r. w Dz.Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9 grudnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu obu Odwoływających, na którą to czynność 20 grudnia 2010 r. (poniedziałek) obaj Odwoływający wnieśli odwołanie.

Sprawa sygn. akt 2731/10

Odwołanie dotyczy pakietu I. Odwoływający zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem fundamentalnych zasad dotyczących równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji, obiektywnego i bezstronnego przeprowadzenia postępowania oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z uznaniem oferty Odwoływającego za niespełniającą warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z uznaniem wykonawcy za składającego nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i na tej podstawie wykluczenia go w wyniku podejrzenia o złożeniu fałszywych uprawnień zawodowych do pracy na pilarkach spalinowych,
4. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem wezwania Odwoływającego do uzupełnienia dokumentów zawierających błędy,

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 4 z 16

-
5. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z uznaniem oferty Odwoływającego za odrzuconą ze względu na wykluczenie go w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pozbawiając prawa do uznania jego oferty za ważną i w pełni spełniającą warunki uprawniające do uzyskania zamówienia publicznego,
 6. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z niezasadnionym wezwaniem Odwoływającego do złożenia wyjaśnień

dotyczących wykazu usług w zakresie wykraczającym poza treść zawartą w tym wykazie i uprawnienia Zamawiającego,

7. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasad ustawy Prawo zamówień publicznych pozbawiając prawa do uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą dla pakietu I na podstawie ustalonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium oceny ofert – kryterium ceny.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zaniechanych, ponownego dokonania oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych tj. oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu dla pakietu I oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że pierwszą podstawą wykluczenia było niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z punktem V ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagane było wykazanie i spełnienia w zakresie udokumentowanie wymogów jakościowych będących usług przedmiotem zamówienia świadczenia publicznego o podobnym charakterze i zakresie, jakie obejmuje zamówienie. W tym celu Odwołujący złożył wykaz wykonanych usług obejmujący trzy pozycje odpowiadające opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia z załączeniem dla tych pozycji stosownych dokumentów potwierdzających terminowe i bez zastrzeżeń wykonanie tych usług.

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 5 z 16

Pismem z 4 listopada 2010 r. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „czy wykonawca świadczył usługi tylko w wykazanym w ofercie zakresie na zasadzie podwykonawstwa, czy również na rzecz innych podmiotów i w szerszym zakresie. Jeżeli takie usługi były wykonywane to, w jakim zakresie i na kogo rzecz (potwierdzone referencjami)”, które to wyjaśnienia nie mają związku z przedstawionym wykazem usług i nie odnoszą się do żadnej z pozycji ujętych w tym wykazie. W ocenie Odwołującego wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia przedstawiony w wykazie usług został w pełni potwierdzony, a złożone dokumenty (referencje) dotyczące tych pozycji potwierdziły także należyte ich wykonanie, zatem bezpodstawne było żądanie przez Zamawiającego dodatkowych wyjaśnień. Śledzenie informacji na temat usług świadczonych na rzecz innych podmiotów i to w zakresie szerszym, niż opisano w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, miało decydujący wpływ na wynik tego postępowania. Zamawiający w odniesieniu do Odwołującego dokonał zmiany oceny warunku opisanego w specyfikacji oraz sposobu jego oceny (stwierdzenie braku określenia wartości w piśmie Odwołującego oraz w referencjach wystawionych przez ZUL P. Karczmarek), a uzyskane tą drogą informacje posłużyły mu za podstawę do podjęcia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w prowadzonym postępowaniu przy stwierdzeniu, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia nie został spełniony z powodu braku informacji o wartości i zakresie rzeczowym w piśmie oraz dołączonych referencjach. Zgodnie z ustalonym w tym zakresie orzecznictwem referencje nie muszą wskazywać dokładnego zakresu, dat czy wartości zamówienia, a jedynie potwierdzać należyte jego wykonanie. Takie rozstrzygnięcie, w tym wykluczenie bez stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odbiera wykonawcy możliwość wykazania się zdolnością do wykonania zamówienia. Zgodnie z przyjętym w opisie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu kryterium, brak było podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący nie dostarczył wymaganych informacji

pozwalających na pozytywną weryfikację spełnienia warunków.

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 6 z 16

Za drugą podstawę wykluczenia Zamawiający uznał fakt niewykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą liczbą osób dla pakietu I wskazaną w punkcie V ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – 12 pilarzy, potwierdzonego dokumentami opisanym w punkcie VI ppkt C.4 specyfikacji oraz dodatkowo notarialnie poświadczonymi kopiami zaświadczeń o ukończeniu kursu zawodowego uprawniającego do pracy pilarkami spalinowymi złożonymi na wezwanie Zamawiającego w terminie wyznaczonym pismem z 4 listopada 2010 r.

Odwołujący przedstawił w wykazie osób osoby, jakimi dysponować będzie przy wykonaniu zamówienia, z których każda legitymowała się dokumentem potwierdzającym uprawnienia i kwalifikacje do pracy pilarkami. Łącznie w załączonym do oferty wykazie przedstawiono 29 pilarzy na wymaganych 12 dla pakietu I. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych podejmując decyzję niezgodną z ustaleniem zawartym w załączonym do protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia stanowiskiem komisji przetargowej oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Decyzja stanowiąca podstawę do wykluczenia Odwołującego oparta została na przypuszczeniu, nie zaś stwierdzeniu faktycznego złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nieprawdziwość informacji, z jaką wiąże się skutek negatywny w postaci wykluczenia z postępowania musi dotyczyć w pełni potwierdzonego stanu rzeczywistego a nie przypuszczenia, na które powołuje się Zamawiający. Ponadto informacje te winny pochodzić od wykonawcy składającego ofertę – być przez niego sporządzone. Prawdziwość informacji została potwierdzona przez samych zainteresowanych (pilarzy) oświadczeniami potwierdzającymi zgodność przygotowania zawodowego z uzyskanym uprawnieniem do pracy pilarkami. Zakładając nawet stwierdzenie błędu, Zamawiający zobowiązany był w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwać do złożenia wykazu osób, jakimi dysponować będzie wykonawca w wykonaniu

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 7 z 16

zamówienia w wyznaczonym terminie, czego nie uczynił, co spowodowało niemożliwość uzupełnienia oferty o dokument niezawierający rzekomego błędu. Nieprawdziwe informacje mogą skutkować wykluczeniem wyłącznie wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, co nie ma miejsca w tym przypadku, bowiem Odwołujący przedstawił znacznie większą liczbę osób, niż była wymagana dla pakietu I, dlatego też nieprawdziwa informacja nie ma żadnego wpływu ani nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja ta ma rzeczywisty i realny wpływ na ocenę spełnienia stawianych warunków – wynik postępowania oraz że jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistymi faktami niebudzącymi żadnych wątpliwości.

Sprawa sygn. akt KIO 2732/10

Odwołanie dotyczy pakietu III. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust.1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem fundamentalnych zasad dotyczących równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji, obiektywnego i bezstronnego

przeprowadzenia postępowania oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, 2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z uznaniem Odwołującego za składającego nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i na tej podstawie wykluczenia go w wyniku podejrzenia o przedłożeniu fałszywych zaświadczeń o ukończeniu kursu zawodowego uprawniającego osoby objęte wykazem do pracy pilarkami spalinowymi, co pozostaje w sprzeczności z treścią złożonej oferty oraz z treścią dokumentów składanych w toku postępowania Zamawiającemu (dot. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia), 3. art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z uznaniem oferty Odwołującego za odrzuconą w związku z wykluczeniem go w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 8 z 16

pozbawiając go prawa do uznania jego oferty za ważną i spełniającą warunki uprawniające do uzyskania zamówienia publicznego,

4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasad (art. 7 ust. 3) ustawy Prawo zamówień publicznych pozbawiając Odwołującego prawa do uznania jego oferty za najkorzystniejszą dla pakietu III na podstawie ustalonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium oceny ofert – kryterium ceny.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zaniechanych, ponowne dokonanie oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych tj. oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla pakietu III oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Zarzut ten oraz argumentacja na poparcie jest taka sama jak w odwołaniu sygn. KIO 2731/10 (podstawą wykluczenia była identyczna sytuacja i te same zaświadczenia tych samych osób).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania wnosząc o ich oddalenie i stwierdzając, że ocena ofert i wybór ofert najkorzystniejszych nie były wadliwe. Do ofert Odwołujących zostały załączone dokumenty nieprawdziwe, a fakt ten jest notoryjny, zawierają one nie błędy lub omyłki o charakterze merytorycznym, lecz ich treść jest fałszywa. W tej sprawie postępowanie prowadzi prokuratura. Zamawiający zakwestionował dokumenty, co do których był w stanie sam wykazać, że są fałszywe, jednak zachodzi obawa, iż może tak być z pozostałą częścią dokumentów, które stałyby się podstawą dokonania pozytywnej oceny spełnienia warunków, gdyż niedorzeczne byłoby działanie wykonawcy, który, jeśli spełniałby warunki, dodawałby do oferty dokumenty fałszywe. Zarzuty Odwołującego, że zakwestionowane oświadczenia nie mają wpływu na wynik postępowania, należy traktować jako nieskuteczne i nierzetelne, a wystarczający jest wpływ potencjalny.

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 9 z 16

W odniesieniu do wykluczenia p. Macina Hirszfelda na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdził, że było ono oparte na przesłance niespełnienia warunku doświadczenia oraz posiadania odpowiedniego personelu (średniego rocznego zatrudnienia oraz liczebności personelu kierowniczego), a to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że posiada on odpowiedni personel oraz konieczne doświadczenie w realizacji zamówienia, a Odwołujący nie udowodnił tej okoliczności.

Podczas rozprawy Zamawiający wskazał, że jego wątpliwości co do Marcina nie doświadczenia pana Hirszfelda dotyczyły zakresu przedstawionych prac, gdyż pozyskanie i zrywka to około 80 % pakietu zadań, a oprócz tego wykazał on hodowlę lasu. Jego wątpliwość dotyczyła tylko przedstawionych wartości. Zdaniem Zamawiającego wartość podobna to wartość odpowiadająca złożonej ofercie.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy oraz w przedłożonych dokumentach Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz iż Odwołujący mają interes prawny we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła także, że stan faktyczny przedstawiony przez Strony nie jest sporny pomiędzy Stronami i pokrywa się ze stanem wynikającym z dokumentacji postępowania.

Z punktu V i VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż Zamawiający postawił m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu – w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy mieli wykazać i udokumentować spełnianie wymogów jakościowych w zakresie świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia, tj. wykonanie w okresie ostatnich

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 10 z 16

trzech lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, usług o podobnym charakterze i zakresie, jakie obejmuje zamówienie, potwierdzone referencjami, opiniami, listami polecającymi lub protokołami odbioru robót. W tym celu wykonawcy mieli złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wzór został załączony do specyfikacji).

W zakresie wymaganego potencjału kadrowego wykonawcy mieli wykazać, że osoby i podmioty, które będą wykonywać zamówienie lub uczestniczyć w jego wykonywaniu posiadają uprawnienia do pracy pilarkami – zaświadczenia ukończenia kursu zawodowego uprawniającego do pracy pilarkami spalinowymi dla wszystkich zatrudnionych pilarzy wykazanych w załączniku nr 10 do specyfikacji (zgodnie ze wskazanym rozporządzeniem). Łączna ilość pilarzy nie mogła być mniejsza niż 12 dla pakietu I i 16 dla pakietu III. Wykonawcy mieli przedstawić oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, a także uprawnienia do pracy pilarkami – zaświadczenia ukończenia ww. kursu zawodowego.

Na przedmiot zamówienia w pakiecie I składają się: hodowla lasu (m.in. czyszczenia wczesne i późne, porządkowanie pow. zrębowych, wyprzedzające przygotowanie gleby, odnowienia zrębów, pielęgnowanie gleby), ochrona lasu (konserwacja budek lęgowych, poszukiwania w ściole, pielęgnacja i konserwacja remiz, sprzątanie śmieci, ochrona chem. przed zgryzaniem,

zwalczanie rykowców), ochrona p-poż (m.in. tablice informacyjne i patrole, terenu, pożarysk, ostrzegawcze, porządkowanie gaszenie utrzymanie dojazdów pożarowych i punktów czerpania wody), pozyskanie drewna (pozyskanie w CP, rębnia, trzebież, przygodne rębne i trzebieże, zrywka mechaniczna), ochrona lasu (grodenie upraw, demontaż ogrodzenia, konserwacja ogrodzeń).

Pan Marcin Hirszfild w wykazie usług wskazał 3 usługi: pozyskanie i zrywka drewna (dwie usługi) oraz hodowla i zagospodarowanie lasu o łącznej wartości 618.560,30 zł. W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego załączył też referencje wystawione przez ZUL Paweł Kaczmarek dotyczące usług z zakresu pozyskiwania i zrywki drewna (bez wskazanej wartości).

Charakter to „zespół cech właściwych danemu przedmiotowi lub zjawisku, odróżniających je od innych przedmiotów i zjawisk tego samego rodzaju”, a zakres to „1. granica zasięgu jakiegoś zjawiska, działania, faktu; też: dziedzina, sfera objęta tymi granicami, 2. granice, w których zmienia się dana wielkość matematyczna lub fizyczna, 3. zbiór wszystkich desygnatów nazwy” (wg definicji zawartych w słowniku języka polskiego na stronie internetowej PWN www.sjp.pwn.pl).

Zdaniem Izby, interpretując przytoczony powyżej warunek dotyczący doświadczenia, można uznać, że Zamawiający używając powyższych pojęć odnosił się do zakresu rzeczowego, a nie wartościowego usług, co potwierdza też jego zachowanie w trakcie sporu.

Podczas rozprawy Zamawiający stwierdził, że nie kwestionuje podobieństwa charakteru i zakresu wykazanych usług, a jedynie ich wartość (takie stanowisko wynika też z wcześniejszych pism), która stanowi 618.560,30 zł, podczas gdy wartość oferty to 811.795,56 zł.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający, formułując warunek udziału w postępowaniu odnosił się tylko do podobnego charakteru i zakresu usług, nie zawarł natomiast żadnego konkretnego wymogu dotyczącego wartości wykonanych usług, tym samym, na obecnym etapie postępowania, nie ma podstaw do żądania od wykonawców osiągnięcia wskazanej wartości. Poza

tym – przy powyżej wskazanym braku określenia wymaganej minimalnej wartości usług niewiadome jest, czy wartość tę należałoby rzeczywiście odnieść do wartości oferty, czy też raczej wartości zamówienia dla pakietu, a zwłaszcza, w jakiej proporcji (Zamawiający wskazywał na 100% wartości). Przy tym należy wskazać, iż budowanie warunku w tym sposób, jak uczynił to Zamawiający, jakkolwiek nie jest wprost niezgodne z przepisami, jest niepoprawne, gdyż zawierając same nieostre określenia, powoduje brak przejrzystości tego warunku. W takich przypadkach w praktyce i orzecznictwie przyjęło się stosować interpretację warunku korzystną dla wykonawców, w przeciwnym bowiem razie zamawiający, po otrzymaniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, mogliby w sposób zbyt dowolny i autorytarny dokonywać klasyfikacji wykonawców – w przedmiotowym przypadku Zamawiający mógłby stwierdzić np. że najbardziej istotnym dla niego jest wykonywanie usług z zakresu ochrony lasu i bez tego nie uznaje zakresu usług za podobny przedmiotowi zamówienia, a co z samego warunku nie wynika.

Natomiast co do samego wezwania wykonawcy z 4 listopada 2010 r. (jakkolwiek ze względu na powyższe, było zbędne), Izba nie stwierdziła naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych. Rzeczywiście, Zamawiający podał błędną podstawę prawną – art. 87 ust.1 zamiast art. 26 ust. 4 lub nawet art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie wyjaśniał

treści samej oferty w rozumieniu przyjętym w art. 87, lecz treść dokumentów odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu, których dotyczy art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak jest to uchybienie w praktyce nieistotne. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał satysfakcjonującej go liczby czy wartości usług, a przy tym wykaz ten został złożony i nie zawiera błędów, o czym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, upewnił się, czy wykonawca nie jest w stanie wykazać innych usług, dzięki którym mógłby uznać warunek za spełniony.

Z kolei zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wybór innych ofert jako najkorzystniejszych, jest konsekwencją decyzji o wykluczeniu Odwołujących.

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 13 z 16

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego przedstawienia nieprawdziwych informacji Izba stwierdziła, że, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie ma znaczenia, czy nieprawdziwe informacje albo dokumenty zostały „sporządzone” przez wykonawcę, czy też przez inne osoby ani jaki był stopień zawinienia tego wykonawcy – art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do ich przedstawienia zamawiającemu przez wykonawcę – skoro zostały one złożone przez wykonawcę wraz z ofertą, to on ponosi za nie odpowiedzialność.

Zamawiający zakwestionował prawdziwość zaświadczeń u czterech osób (tych samych) wskazanych przez obu Odwołujących, wszystkich wystawionych przez Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych w Zielonej Górze. Jakkolwiek Zamawiający w informacji o wykluczeniu użył karnistycznego sformułowania „istnieje podejrzenie”, jak wyjaśnił podczas rozprawy, takie jest jego przekonanie po otrzymaniu informacji z ww. Dyrekcji, iż zaświadczenia te nie są autentyczne (pismo z 4 listopada 2010 r. oraz pismo p. Tadeusza N., który figurował na kwestionowanych oświadczeniach jako osoba wystawiająca).

Izba stwierdziła, że choć Odwołujący przedstawili oświadczenia wskazanych osób o prawdziwości zaświadczeń, jednak zasadniczo nie polemizowali w tej kwestii z Zamawiającym stwierdzając, iż zaświadczenia te zostały im przedstawione przez zainteresowane osoby. Jakkolwiek ostateczne rozstrzygnięcie w tym zakresie przyniesie dopiero śledztwo prokuratorskie, na obecnym etapie Izba uznała, że Zamawiający w sposób wystarczający dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego udowodnił fakt złożenia nieprawdziwych informacji. Jednak w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca przyjął, iż samo złożenie jakichkolwiek nieprawdziwych informacji nie jest wystarczającą przesłanką wykluczenia wykonawcy, lecz musi się ono odnosić do wpływu na wynik postępowania – w niniejszym przypadku – do wykazania spełnienia danego warunku. I w tej kwestii Izba przyznaje rację Odwołującym, nawet jeśli uznać cztery przedstawione zaświadczenia za nieprawdziwe (co do pozostałych Zamawiający nie przedstawił konkretnych i potwierdzonych zarzutów), to poza nimi Odwołujący wykazali dysponowanie pilarzami w liczbie

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 14 z 16

przekraczającej wymagane odpowiednio dla pakietów 12 i 16 osób koniecznych do spełnienia postawionego warunku. Tym samym należy uznać, że nieprawdziwe informacje nie miały wpływu na spełnienie tego warunku, a więc i wynik postępowania, zatem nie zaistniała w całości przesłanka wykluczenia wykonawców opisana w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 29 kwietnia 2010 r. sygn. akt XIX Ga 162.10).

Natomiast samo zawarte w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych określenie „mogące mieć wpływ na wynik postępowania” odnosi się do informacji składanych na wcześniejszych niż ocena ofert etapach postępowania, np. do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, kiedy to jeszcze nie wiadomo, jakie oferty zostaną złożone i jaki będzie ich ranking.

Co do wskazanego w odpowiedzi na odwołanie posiadania odpowiedniego personelu (średniego rocznego zatrudnienia oraz liczebności personelu kierowniczego) Izba stwierdziła, że ta okoliczność nie została przez Zamawiającego wskazana jako odstawa wykluczenia p. Marcina Hirszfelda, a tym samym nie stanowiła przedmiotu odwołania.

Ponieważ oba odwołania dotyczą okoliczności mających wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji odwołania uwzględniając.

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 15 z 16

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....

sygn. akt KIO 2731/10 i KIO 2732/10 16 z 16