

Sygn. akt: KIO 2736/15

Sygn. akt: KIO 2738/15

**WYROK**  
**z dnia 30 grudnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 17 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **J. S., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „ZUL” J. S., ul. A. Jarochowskiego 5, 64-410 Sieraków** (sygn. akt KIO 2736/15),
- B. w dniu 17 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Z. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TECH-MECH-LAS Z. S., ul. A. Jarochowskiego 5, 64-410 Sieraków** (sygn. akt KIO 2738/15),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Nadleśnictwo Włoszakowice, ul. Wolsztyńska 13e, 64-140 Włoszakowice**

przy udziale wykonawcy **M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. K., ul. Osowa Sień 115, 67-400 Wschowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2736/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu Nadleśnictwu Włoszakowice powtórzenie badania i oceny ofert, wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu i:

1.1. w części I zamówienia – przyznanie R. Ś. i P. Ś., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych s.c. R. Ś., P. Ś. we Wschowej zero punktów w kryterium „realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie osób o pracę” (sygn. akt KIO 2738/15);

1.2. w części II zamówienia – przyznanie M. K., prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. K. we Wschowej zero punktów w kryterium „realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie osób o pracę” (sygn. akt KIO 2736/15).

2. kosztami postępowania obciąża **Nadleśnictwo Włoszakowice, ul. Wolsztyńska 13e, 64-140 Włoszakowice** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **J. S., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „ZUL” J. S., ul. A. Jarochowskiego 5, 64-410 Sieraków** i **Z. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TECH-MECH-LAS Z. S. ul. A. Jarochowskiego 5, 64-410 Sieraków** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Nadleśnictwa Włoszakowice, ul. Wolsztyńska 13e, 64-140 Włoszakowice** na rzecz **J. S., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „ZUL” J. S., ul. A. Jarochowskiego 5, 64-410 Sieraków** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.3. zasądza od **Nadleśnictwa Włoszakowice, ul. Wolsztyńska 13e, 64-140 Włoszakowice** na rzecz **Z. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TECH-MECH-LAS Z. S., ul. A. Jarochowskiego 5, 64-410 Sieraków** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

I. Nadleśnictwo Włoszakowice (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Włoszakowice w latach 2016 do 2018 ”, w częściach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 7 listopada 2015 r., poz. 2015/S 2016-394556 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 21 grudnia 2015 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego odwołania wnieśli wykonawcy:

- J. S. (dalej: Odwołujący), prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „ZUL” J. S. (sygn. akt KIO 2736/15),
- Z. S. (dalej: Odwołujący), prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TECH-MECH-LAS Z. S. (sygn. akt KIO 2738/15).

Odwołania zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2015 r. zostały na podstawie art. 189 ust. 1 zdanie drugie Prawa zamówień publicznych połączone do łącznego rozpoznania.

### **Sygn. akt KIO 2736/15**

Odwołanie dotyczyło części II zamówienia - Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Włoszakowice - Leśnictwa: Wilanów, Mały Bór, Stare drzewce, Dryżyna.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż brak wskazania w formularzu oferty przyjęcia przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych M. K. zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę stanowią omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty,

3. art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie między wykonawcą Zakład Usług Leśnych M. K. a zamawiającym niedopuszczalnej negocjacji dotyczącej złożonej oferty,
4. art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nie dokonanie wykluczenia wykonawcy z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i uznania jego oferty za odrzuconą jako nie spełniającej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w brzmieniu ustalonym przez Zamawiającego,
5. art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust.3 Prawa zamówień publicznych poprzez nie dokonanie wykluczenia wykonawcy z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
6. art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2d Prawa zamówień publicznych, poprzez nie dokonanie wykluczenia wykonawcy z powodu nie wykazania braku powiązań kapitałowych prowadzących do zachwiania uczciwej konkurencji,
7. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
8. art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych M. K., jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
2. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. wykluczenie wykonawcy Zakład Usług Leśnych M. K. z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
4. uznanie przy ponownej ocenie ofert, iż najkorzystniejszą ofertą w przedmiotowym postępowaniu jest oferta złożona przez odwołującego.
5. zasądzenie zwrotu kosztów wpisu i opłaty od pełnomocnictwa oraz kosztów zastępstwa pełnomocnika według norm przypisanych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2736/15, po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca M. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. K. we Wschowej (dalej: Przystępujący), który poparł stanowisko Zamawiającego.

**Sygn. akt KIO 2738/15**

Odwołanie dotyczyło części I zamówienia - Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Włoszakowice - Leśnictwa: Papiernia, Kochury, Krzyżowiec, Hetmanice.

Odwołujący zarzucił Zamawiający naruszenie:

1. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż brak wskazania w formularzu oferty przyjęcia przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych s.c. R. Ś., P. Ś. zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę stanowią omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ,
2. art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie między wykonawcą Zakład Usług Leśnych s.c. R. Ś., P. Ś. a zamawiającym niedopuszczalnej negocjacji dotyczącej złożonej oferty,
3. art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nie dokonanie wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Leśnych s.c. R. Ś., P. Ś. z powodu nie wykazania przez niego braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego,
4. art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust.3 Prawa zamówień publicznych poprzez nie dokonanie wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
5. art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2d Prawa zamówień publicznych, poprzez niedokonanie wykluczenia wykonawcy z powodu nie wykazania braku powiązań kapitałowych prowadzących do zachwiania uczciwej konkurencji,
6. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
7. art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych s.c. R. Ś., P. Ś., jako najkorzystniejszych w przedmiotowym postępowaniu,
2. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. wykluczenie wykonawcy Zakład Usług Leśnych s.c. R. Ś., P. Ś. z postępowania i uznanie ich oferty za odrzuconą,
4. uznanie przy ponownej ocenie ofert, iż najkorzystniejszą ofertą w przedmiotowym postępowaniu jest oferta złożona przez odwołującego.
5. zasądzenie zwrotu kosztów wpisu i opłaty od pełnomocnictwa oraz kosztów zastępstwa pełnomocnika według norm przypisanych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Obu Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez nich zarzuty by się potwierdziły, na skutek czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący zyskaliby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: oba odwołania są uzasadnione.

Po analizie zarzutów podniesionych w obu odwołaniach, w pierwszej kolejności Izba rozpatrywała wspólny dla obu odwołań zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust.3 Prawa zamówień publicznych poprzez niedokonanie wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ponieważ rozstrzygnięcie przedmiotowego zarzutu ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia niektórych z pozostałych zarzutów obu odwołań, a tym samym - na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w obu częściach zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający dla obu części zamówienia wymagał dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym.

W SIWZ przewidziano, że warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje co najmniej 28 osobami dla części I, a 25 osobami dla części II, w tym 14 osobami dla części I, a 11 – dla części II, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141) lub odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Odwołujący w obu odwołaniach zauważyli, że ortach, których dotyczyły odwołania, dla części I – dziewięć osób, a dla części II – jedna osoba nie posiadają uprawnień

w pełnym zakresie – ponieważ posiadają uprawnienia do samodzielnego wyrobu drewna z jednoczesną ścinką i obalaniem drzew o średnicy do 20 cm w miejscu ciecia. W związku z powyższym zakres tematyczny szkolenia w ramach którego ww. osoby uzyskały zaświadczenie o ukończeniu kursu, odbiega od zakresu szkolenia wymienionego w § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141). Rozporządzenie w § 22 ust. 2 pkt 2 wskazuje, że część teoretyczna szkolenia obejmuje zagadnienia z zakresu techniki ścinki i obalania drzew. Zakres prac objętych szkoleniem przeprowadzonym zgodnie z ww. Rozporządzeniem nie jest ograniczony do rozmiaru drzew o określonej średnicy (tutaj 20 cm). W konsekwencji wykonawcy, których dotyczą oba odwołania nie wykazali, że dysponują osobami posiadającymi uprawnienia wymagane przez Zamawiającego - nie dopuścił on bowiem w SIWZ, że za osoby zdolne do wykonania zamówienia uzna osoby posiadające uprawnienia z ograniczeniami.

Bez znaczenia przy ocenie powyższego ma fakt, że niewykluczone, że przedmiot zamówienia można zrealizować za pomocą pozostałych osób wskazanych w wykazie, co podnosili Zamawiający i Przystępujący na rozprawie. Warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego muszą być traktowane jako warunki graniczne, których spełnienie umożliwia ubieganie się o udzielenie znaczenia. Z tego względu ich spełnienie/niespełnienie oceniane jest formalnie, w oderwaniu od rzeczywistej zdolności do realizacji zamówienia. Jeżeli wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia uważali, że opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest nieadekwatny do faktycznego zakresu zamówienia, to opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinni byli zakwestionować po opublikowaniu ogłoszenia/SIWZ. Na tym etapie - oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu - Zamawiający nie może złagodzić postawionych wcześniej wymogów. W takich okolicznościach Zamawiający powinien wezwać wykonawców, których oferty uznał za najkorzystniejsze w obu częściach postępowania, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie odpowiednim potencjałem osobowym - wykazu osób posiadających uprawnienia bez ograniczeń, tak, aby ilość osób spełniających kryteria odpowiadała wymogom SIWZ.

Powyższa konkluzja ma również istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia kolejnego zarzutu wspólnego dla obu odwołań, a mianowicie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż brak wskazania w formularzu oferty przyjęcia przez wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w obu częściach postępowania, zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Nie było sporne, że Zamawiający w SIWZ wskazał dwa kryteria oceny ofert: „cena”

z wagą 80% oraz „realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę” z wagą 20 %. W ramach tego kryterium Zamawiający oceniał przyjęcie przez wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. Zasady realizacji tego zobowiązania zostały opisane we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ. Zobowiązanie powyższe dotyczyło dla tej części zamówienia - operatorów pilarki łańcuchowej. Informację o przyjęciu na siebie zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wykonawca miał zamieścić w formularzu oferty (załącznik 1.I.-1.IV. do SIWZ). Brak wskazania w formularzu oferty przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę będzie uznawane jako nieprzyjęcie takiego zobowiązania, a oferta uzyska 0 pkt w ramach niniejszego kryterium oceny ofert. Oferta wykonawcy, który wskaże, iż zaciągnie takie zobowiązanie otrzyma 20 pkt - sposób obliczania punktów w ramach tego kryterium określony w pkt 14.2 ppkt 2 SIWZ (strona 25).

W formularzach obu ofert uznanych za najkorzystniejsze w obu częściach, w punkcie 8 o treści: „Wykonawca zobowiązuje się/nie zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia, w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę”, nie skreślono niepotrzebnego zapisu. W ocenie Odwołujących, zgodnie ze sposobem obliczania punktów w ramach kryterium realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, wykonawcy powinni uzyskać 0 punktów w przedmiotowym kryterium (wówczas oferty Odwołujących uplasowałyby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert dla każdej z części zamówienia). Tymczasem Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących punktu 8 złożonej oferty, w którym wykonawca zobowiązany był określić czy zobowiązuje się lub nie zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia, w zakresie opisanym w SIWZ przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Zamawiający wskazał, że ofert nie wynika ww. zobowiązanie. Wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie wskazali, że każdy z nich „zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w SIWZ przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę”. Na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień Zamawiający zawiadomił ich o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją (art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Zamawiający poprawił oferty obu wykonawców w taki sposób, że wynikało z nich, że „wykonawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia, w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę”. W konsekwencji Zamawiający na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień przyjął, że wykonawcy w złożonych ofertach zobowiązali się do realizacji



przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę.

Wobec takiego stanu faktycznego, Izba podzieliła stanowisko Odwołujących - powyżej opisane czynności Zamawiającego w obu częściach postępowania były nieprawidłowe i niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych, a to z następujących powodów:

Po pierwsze wadliwe było w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wywodzenie przez Zamawiającego, że wskazanie w wykazie osób, za pomocą których będzie realizowane zamówienie (składanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie posiadania odpowiedniego potencjału osobowego), jako podstawy dysponowania, umów o pracę zastępuje oświadczenie, które powinno być złożone w pkt 8 formularza ofertowego. Prawidłowe natomiast w ocenie Izby było stanowisko prezentowane w obu odwołaniach, iż określenie w wykazie osób jako podstawy dysponowania - umów o pracę, jak również załączenie kopii umów o pracę (dokumenty niewymagane w postępowaniu) nie może zastępować żądanego w SIWZ przez Zamawiającego zobowiązania do realizacji zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę. Zakres takiego zobowiązania ma odmienny charakter, niż stosunek pracy łączący strony umowy o pracę (wykonawcę i wskazanych pracowników). Umowy o pracę są zobowiązaniem pomiędzy wykonawcą występującym jako pracodawca, a wskazanym pracownikiem, nie mogą więc gwarantować zamawiającemu realizacji zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę; w tym zakresie brak zobowiązania pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami, ponieważ takie zobowiązanie nie zostało przez nich złożone. Z załączonego do SIWZ projektu umowy również w ocenie Izby nie wynikało, że wykonawcy zobowiązani będą zachować ciągłość umów o pracę, zawartych z osobami z wykazu. Zatem jedyne źródło zobowiązania do realizacji zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wynikało wyłącznie z pkt 8 formularza ofertowego, którego wykonawcy, których oferty Zamawiający uznał za najkorzystniejsze - nie wypełnili. Oświadczenie w tym zakresie zostało zatem de facto dodane przez Zamawiającego już po otwarciu ofert. W ocenie składu orzekającego jest to nie tylko niedozwoloną zmianą oferty, ale może prowadzić do manipulacji rankingiem złożonych ofert. W niniejszym stanie faktycznym okazało się bowiem, że nie wszystkie osoby z wykazu osób posiadają określone uprawnienia, dlatego trzeba wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów. Na rozprawie Przystępujący przyznał, że jedna osoba ujęta w wykazie nie ma uprawnień powyżej 20 cm, ale takie uprawnienia mają dwie inne osoby, którymi może dysponować, jednak nie zostały one ujęte w wykazie, ponieważ są zatrudnione na umowę zlecenie. W takich okolicznościach Przystępujący wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia zawodowego może wskazać inne osoby, niż określone w wykazie – i zatrudnione na podstawie umowy zlecenia. Powyższe prowadzi do wniosku, że podstawy dysponowania

osobami ujętymi w wykazie załączonym do oferty nie mogą determinować treści oświadczenia, które powinno być złożone w pkt 8 formularza ofertowego, będącego podstawą przyznania punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Wykonawca, w zależności od miejsca, na którym uplasował się w rankingu ofert, mógłby decydować, czy wyrazić zgodę na poprawienie przez Zamawiającego omyłki, czy też nie. W niniejszym postępowaniu wykonawcy, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze, będą wezwani do uzupełnienia dokumentów dotyczących potencjału osobowego, a od wyniku tego wezwania nie można uzależniać, jaka treść zobowiązania zostanie ostatecznie ukształtowana w pkt 8 formularza ofertowego. W konsekwencji w niniejszym stanie faktycznym w ocenie składu orzekającego Zamawiający nie może przyznać wykonawcom punktów w kryterium cenowym; powinien w tymże kryterium przyznać 0 punktów, zgodnie zresztą z postanowieniami SIWZ (14.2 ppkt 2 SIWZ).

Powyższa konstatacja powoduje, że obaj Odwołujący po powtórnej ocenie ofert mogą uzyskać pierwsze miejsce w rankingu ofert w obu częściach zamówienia. Dlatego pozostałe zarzuty podniesione w obu odwołaniach Izba oddaliła, jako bez wpływu na wynik postępowania (niezależnie od tego - część z nich była nieuzasadniona). W ocenie Izby kwestionowane w odwołaniach uzupełnione oświadczenia o braku przynależności do grup kapitałowych są wystarczające. Oświadczenia złożone w postępowaniu należy interpretować jak każde oświadczenie woli, kierując się okolicznościami danej sprawy. Rzeczywiście można dostrzec niezręczność w formułowaniu przedmiotowych oświadczeń, jednak w ocenie Izby nie prowadzą one do ich dyskwalifikacji. Co do wykazu środków trwałych - faktycznie nie wynika z niego wprost, że wykonawca nadal dany sprzęt posiada, jednak - aby uznać zarzut w tym zakresie za uzasadniony - Odwołujący musiałby wykazać, że faktycznie wykonawca sprzętu nie posiada. Gdyby zaakceptować argumentację Odwołującego, należałoby również w przypadku wskazania jako podstawy dysponowania umowy sprzedaży (czy jakiegokolwiek innej uprawniającej do dysponowania rzeczą), żądać dodatkowych dokumentów, potwierdzających, że możliwość dysponowania trwała w chwili otwarcia ofert. W odniesieniu do zarzutów co do zaświadczeń ZUS, Izba nie rozstrzygała w sentencji, czy konieczne wezwania do uzupełnienia dokumentów, ponieważ jest to irrelevantne dla wyniku postępowania - istotny wpływ na wynik postępowania ma rozstrzygnięcie zarzutu dotyczącego oświadczenia ocenianego w pozacenowym kryterium oceny ofert, w powiązaniu z zarzutem niewykazania w dokumentach załączonych do oferty dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym.

Reasumując, Izba stwierdziła, że doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, mających wpływ na wynik postępowania, a mianowicie do naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust.3 Prawa zamówień publicznych, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, i w konsekwencji - do naruszenia art. 91

ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru ofert, które nie była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....