

WYROK
z dnia 7 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2011 r. przez wykonawcę

Elżbietę Olszak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Ośrodek Szkolenia Kursowego i Ustawicznego ul. Bronowicka 73, 30-091 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez

**Zespół Szkół Usługowo – Hotelarskich i Gastronomicznych w Przemyślu
ul. Bakończycka 11, 37-700 Przemyśl**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zespołowi Szkół Usługowo – Hotelarskich i Gastronomicznych w Przemyślu unieważnienie czynności wykluczenia Elżbiety Olszak prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Ośrodek Szkolenia Kursowego i Ustawicznego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w sposób wskazany w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża Zespół Szkół Usługowo – Hotelarskich i Gastronomicznych w Przemyślu ul. Bakończycka 11, 37-700 Przemyśl i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Elżbietę Olszak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Ośrodek Szkolenia Kursowego i Ustawicznego ul. Bronowicka 73, 30-091 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zespołu Szkół Usługowo – Hotelarskich i Gastronomicznych w Przemyślu ul. Bakończycka 11, 37-700 Przemyśl na rzecz Elżbiety Olszak prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Ośrodek Szkolenia Kursowego i Ustawicznego ul. Bronowicka 73, 30-091 Kraków kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Szkół Usługowo – Hotelarskich i Gastronomicznych w Przemysłu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „prowadzenie zajęć pozalekcyjnych realizowanych w ramach projektu Szansa sukcesu” 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.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 1 września 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

28 września 2011 r. Odwołująca – Elżbieta Olszak prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Ośrodek Szkolenia Kursowego i Ustawicznego wniosła odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastosowanie go do Odwołującej mimo braku podstaw do jego zastosowania, art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione odrzucenie jej oferty, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującej, spełniającej warunki postawione przez Zamawiającego, art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione uznanie, iż Odwołująca złożyła nieprawdziwe informacje oraz wskazanie, że ich złożenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołująca wniosła o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującej i odrzucenia jej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującej i wybór oferty Odwołującej oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Uzasadniając odwołanie Odwołująca stwierdziła, że w zawiadomieniu z 23 września 2011 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Stowarzyszenia na rzecz rozwoju i wspierania Zespołu Szkół Usługowo – Hotelarskich i Gastronomicznych w Przemysłu (zwanego dalej „Stowarzyszeniem”) oraz wykluczeniu Odwołującej, i w konsekwencji odrzuceniu jej oferty, powołując jako podstawę art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wskazując, iż Odwołująca wykazywała spełnienie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wskazanie m.in. Justyny W., Bernardyny B, Elżbiety P. i Marty L., które zostały również wskazane

w ofercie Stowarzyszenia, a wezwane do wyjaśnienia sytuacji oświadczyły, iż nigdy nie zawarły z Odwołującą żadnej umowy.

W celu spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Odwołująca wskazała, iż osobami tymi dysponuje na podstawie umów cywilnoprawnych, a z okoliczności sprawy nie wynika, aby działała z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Wykluczenie wykonawcy w oparciu o przywołaną podstawę wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nie znajduje potwierdzenia stanowiska Zamawiającego, iż Justyna Wasilewska, Bernardyna B., Elżbieta P. i Marta L. nigdy nie zawarły z Odwołującą żadnej umowy. Niezbędną kadrę do projektu (osoby zdolne do wykonania zamówienia) Odwołująca rekrutowała poprzez swojego współpracownika Macieja K., który zobowiązał się względem niej do zebrania odpowiedniego zespołu. Pan K. informował wszystkie zainteresowane osoby, iż ich zaangażowanie do projektu będzie możliwe poprzez wskazanie ich w ofercie Odwołującej i w tym celu wszystkie te osoby przesyłały swoje dokumenty (cv i inne) do pana K., jak i bezpośrednio do Odwołującej, co potwierdzają wiadomości e-mailowe.

Zamawiający twierdzi, iż wskazane osoby złożyły oświadczenia o braku jakiegokolwiek stosunku prawnego łączącego ich z tym wykonawcą i jednocześnie oświadczyły, że w żaden sposób nie wyraziły zgody do pracy w tym projekcie z ramienia Ośrodka Szkolenia Kursowego i Ustawicznego w Krakowie, któremu twierdzeniu przeczą następujące fakty: posiadanie przez Odwołującą szczegółowych informacji dotyczących wykształcenia i doświadczenia tych osób, cv przygotowanych przez te osoby, kopii dyplomu Elżbiety P., wiadomości e-mail, m.in. wiadomość od p. B., z której wynika, iż wcześniej wyraziła ona zgodę na współpracę przy realizacji zamówienia przez Odwołującą, a dopiero po otwarciu ofert postanowiła, iż „akces swój cofa”.

Wskazane cztery osoby są pracownikami Zamawiającego. Dla oceny wiarygodności i mocy dowodów stojących w sprzeczności z oświadczeniami tych osób, jak i stanowiskiem Zamawiającego, kluczowe znaczenie ma fakt, iż kierownik Zamawiającego (dyrektor szkoły) jest równocześnie jednym z założycieli Stowarzyszenia.

W oparciu o powyższe fakty nie sposób stwierdzić, iż Odwołująca złożyła jakiegokolwiek nieprawdziwe informacje skutkujące wykluczeniem jej z postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości oraz przesłuchanie jako świadków Justyny W. oraz Bernardyny B. Zamawiający wskazał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków składając ofertę wykonawca miał oświadczyć, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia oraz wskazać do wykonywania zamówienia osoby w ilości wymaganej przez Zamawiającego oraz

spełniające kryteria ustalone przez Zamawiającego w zależności od rodzaju zajęć, przedkładając imienny wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, sporządzony według załącznika do specyfikacji, zawierający co najmniej: imię i nazwisko, informację na temat wykształcenia, doświadczenia zawodowego i uprawnień. W wykazie tym Odwołująca umieściła m.in. cztery sporne osoby. Po zapoznaniu się z wykazem Odwołującej Stowarzyszenie wystąpiło do Zamawiającego z informacją, że ww. osoby zostały wskazane do realizacji zamówienia ze strony Stowarzyszenia, wraz z załączeniem oświadczeń tych osób, z których wynikało, że nie podpisywały one żadnych umów cywilnoprawnych z innymi podmiotami i w żaden sposób nie zgłosiły chęci udziału w projekcie Szansa sukcesu z ramienia Ośrodka Szkolenia Kursowego i Ustawicznego w Krakowie. W związku z tym Zamawiający powziął wątpliwość co do prawdziwości oświadczenia Odwołującej w przedmiocie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i podjął kroki celem wyjaśnienia tych wątpliwości występując do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych o złożenie stosownych wyjaśnień. W odpowiedzi Zamawiający uzyskał od Odwołującej wyjaśnienie, iż osoby te wyraziły ustną zgodę w rozmowie telefonicznej z panem K. na udział w projekcie Szansa sukcesu, na dowód czego przedłożyły swoją dokumentację osobową. Odwołująca przesłała jednocześnie oświadczenie p. K. z którego wynikało, że osoby te wyraziły zgodę na prowadzenie zajęć w ramach projektu w Zespole Szkół Usługowo – Hotelarskich i Gastronomicznych, lecz bez wskazania, że chodzi o projekt Szansa sukcesu i że p. K. przedstawiał się w rozmowie z tymi osobami jako przedstawiciel Odwołującej.

Wobec takich rozbieżności, Zamawiający zwrócił się do Stowarzyszenia i w odpowiedzi uzyskał notarialnie poświadczone oświadczenia spornych osób, z których wynika, że osoby te nie wyraziły zgody na umieszczenia ich w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia ze strony Odwołującej. Oświadczenia te wraz z przedstawioną korespondencją e-mailową pozwoliły Zamawiającemu na przyjęcie, że Odwołująca złożyła nieprawdziwe informacje co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, które nie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, albowiem owe cztery osoby są niezbędne do wykazania spełniania przez Odwołującą warunku udziału w przetargu.

W odniesieniu do złożonych przez te osoby cv i innych dokumentów – Zamawiający jest jednostką, w której realizowane są różne projekty edukacyjne realizowane przez gminę, Kuratorium Oświaty lub inne zewnętrzne podmioty, zatem nauczyciele często przesyłają swoje dane osobowe koordynatorom tych projektów w celu uzyskania od nich informacji, czy spełniają wymogi określone dla prowadzących zajęcia, szczególnie bez dokładnego sprawdzenia wysyłają takie dane osobom, które znają (jak pan K.). Przesłanie danych nie jest wyrażeniem zgody na udział w projekcie, lecz czynnością wstępną, po której następuje ustalenie zasad współpracy, a dopiero później wyrażenie zgody na współpracę. Pan K. nie poinformował tych

osób, że ich dane bez ich wiedzy i zgody prześle do Odwołującej i że zostaną one wykorzystane w niniejszym przetargu, nie przesyłały też one danych bezpośrednio Odwołującej. W przedmiotowej sprawie nie doszło do wykluczenia Odwołującej z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jakkolwiek w przedmiotowej sprawie złożenie nieprawdziwych informacji skutkuje również tym, że Odwołująca nie spełnia warunku udziału w przetargu co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołująca ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę całokształt przedstawionych przez obie Strony wyjaśnień i dokumentów, w szczególności oświadczenia: Justyny W., Bernardyny B., Elżbiety P. i Marty L. oraz korespondencji e-mailowej, a także zeznania powołanych świadków: Justyny W. i Bernardyny B. i na ich podstawie następująco oceniła stan faktyczny i jego skutki prawne.

Z przedstawionych wyjaśnień Justyny W., Bernardyny B., Elżbiety P. i Marty L. wynika, że pan K. rzeczywiście prowadził z ww. osobami rozmowy dotyczące poprowadzenia dodatkowych zajęć dla uczniów Zespołu Szkół Usługowo –
– Hotelarskich i Gastronomicznych w Przemysłu i uzyskał mniej lub bardziej kategoryczne zgody tych osób na poprowadzenie takich zajęć. W rozmowach tych jednak nie zostały omówione szczegóły projektów i zasad współpracy tych osób, między innymi dlatego, że osoby te nie były na tyle zainteresowane projektami, aby próbować uzyskać bardziej dokładne informacje (świadczą o tym zwłaszcza zeznania pani B.).

Trudno jednak zakładać, że pan K. celowo wprowadził te osoby w błąd lub starał się uzyskać ich zgodę w sposób podstępny, tym bardziej, że ich kwalifikacje (nauczyciel języka polskiego i matematyki) nie są unikalne na rynku krajowym, czy nawet lokalnym. Ze względu na brak dokładnego zapisu rozmów trudno obecnie też stwierdzić, czy pan K. twierdził, że występuje w

imieniu i na rzecz Kuratorium Oświaty, czy też jedynie, że w ramach projektu realizowanego przez Kuratorium Oświaty (niekoniecznie bezpośrednio).

Potwierdza to także fakt, że na prośbę pani W. o przesłanie dokładniejszych informacji i regulaminu projektu, w ciągu kilku godzin przesłał jej mailem zwrotną informację zawierającą m.in. nazwę centrum edukacji (jednego z podmiotów, których działalnością kieruje Odwołująca), które poszukuje nauczycieli, jak i nazwę projektu – jakkolwiek wiadomość ta przez przeoczenie w tym czasie nie została przeczytana.

Ponieważ wskazane osoby przyznały, że w rozmowach z panem K. zgodę na jakąś współpracę przy organizacji dodatkowych zajęć w tej szkole wyraziły, zdaniem Izby Odwołująca miała podstawy przypuszczać, że osobami tymi będzie mogła dysponować przy realizacji zamówienia, nie jest to więc informacja, którą można jednoznacznie uznać za nieprawdziwą. Jednak jednocześnie Izba uznała, że – ze względu na zaistniałe okoliczności – Odwołująca nie wykazała, że tymi osobami będzie mogła dysponować przy realizacji zamówienia, czyli nie wykazała spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, do czego była zobowiązana wobec Zamawiającego. (W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że chociaż w tym wypadku nie ma takiego wymogu, niniejsza sytuacja potwierdza, że korzystne dla wykonawców jest uzyskiwanie potwierdzenia zobowiązania do przyszłej współpracy w formie pisemnej, które potem mogą przedstawić zamawiającemu w celach dowodowych.)

Różnica pomiędzy tymi kwalifikacjami ma tę konsekwencję, że w przypadku stwierdzenia przedstawienia nieprawdziwych informacji, dokumentów nie uzupełnia się, natomiast przy niewykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma zastosowanie procedura opisana w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli uzupełnienie dokumentów. Tym samym Zamawiający powinien unieważnić czynność wykluczenia Elżbiety Olszak prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Ośrodek Szkolenia Kursowego i Ustawicznego z postępowania oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert, w ramach którego powinien wezwać panią Olszak do uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Jednocześnie Izba wskazuje, że wykonawca może przedstawić dodatkowe osoby, jednak, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożone w ramach uzupełnienia dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

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: