

WYROK
z dnia 12 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **Euro-Standard s.c. A..... i A..... K....., 45 – 525 Opole, ul. Strzelecka 53** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa, 46 – 045 Turawa, ul. Opolska 35**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowo-Usługowe BUDOLAS Sp. z o.o., 45 – 517 Opole, ul. Groszowicka 8A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Euro-Standard s.c. A..... i A..... K....., 45 – 525 Opole, ul. Strzelecka 53** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Euro-Standard s.c. A..... i A..... K....., 45 – 525 Opole, ul. Strzelecka 53** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Euro-Standard s.c. A..... i A..... Król, 45 – 525 Opole, ul. Strzelecka 53** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa, 46 – 045 Turawa, ul. Opolska 35** kwotę **3 634 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

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 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Turawa w latach 2013-2016.

Pismem z dnia 18 stycznia 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty w ramach części 3 wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowo-Usługowe „Budolas” Sp. z o. o. z siedzibą w Opolu [dalej także jako „Budolas”].

Wobec powyższej czynności odwołanie w dniu 30 stycznia 2013 r. złożył wykonawca Euro-Standard s.c. K....., A..... K..... z siedzibą w Opolu zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako „Pzp”]:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, polegające na złożeniu przez wykonawcę Budolas nieprawdziwego oświadczenia o posiadaniu uprawnień stanowiącego załącznik nr 7a.3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także jako „SIWZ”],
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp polegające na złożeniu przez wykonawcę Budolas nierzetelnego wykazu osób – stanowiącego załącznik nr 7.3 do SIWZ – które miałyby posiadać niezbędne uprawnienia do wykonania zamówienia,
- 3) art. 84 ust. 1 ustawy Pzp polegające na przyjęciu przez zamawiającego, iż doszło do skutecznej zmiany treści oferty przez wykonawcę Budolas,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe przyjęcie przez zamawiającego, że oferta złożona przez wykonawcę Budolas jest zgodna z treścią postanowień zamieszczonych w SIWZ.

Odwołujący wnosił m.in. o nakazanie zamawiającemu wykluczenie, odrzucenie oferty wykonawcy Budolas z przetargu i w wyniku tego nakazanie zamawiającemu zawarcia umowy z odwołującym.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż złożone przez Prezesa Zarządu wybranego wykonawcy oświadczenie o posiadaniu uprawnień do wykonania zamówienia powinno zostać zakwalifikowane przez zamawiającego jako oświadczenie nieprawdziwe i nierzetelne. Odwołujący podnosił, iż w dniu złożenia w/w oświadczenia wybrany wykonawca nie zatrudniał pracowników, którzy legitymowaliby się uprawnieniami do pracy na równiarce i walcu. Odwołujący stwierdził, że okoliczności te zostały

potwierdzone wprost przez Prezesa Zarządu wybranego wykonawcy w piśmie z dnia 10 stycznia 2013 r. W ocenie odwołującego, zapoznanie się przez zamawiającego z treścią pisma sporządzonego przez wykonawcę Budolas z siedzibą w Opolu z dnia 10 stycznia 2013 r., obligowało zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, iż wyartykułowanie obowiązku posiadania uprawnień w zakresie obsługi równiarki i walca powinno skłaniać zamawiającego do zakwalifikowania powyższego zdarzenia [złożenia nieprawdziwego oświadczenia w zakresie posiadanych uprawnień przez wykonawcę Budolas] jako okoliczności naruszającej dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dalej odwołujący wskazywał, iż w złożonym do oferty wykazie pracowników wykonawca Budolas nie wymieniał A..... B..... i J..... S..... jako osób posiadających uprawnienia do obsługi równiarki i walca, zatem w dniu składania ofert nie przedłożył odpowiednich oświadczeń, jak i dokumentów, z których wynikałaby możliwość do legitymowania się uprawnieniem do obsługi równiarki i walca. Odwołujący wskazywał, iż dokumenty w powyższym zakresie zostały załączone do pisma wykonawcy Budolas z dnia 10 stycznia 2013 r., dlatego też okoliczności te były podstawą do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Dodatkowo odwołujący podnosił, iż „(...) oświadczenia wykonawcy [Budolas] założonego w treści pisma z dnia 10 stycznia 2013 r., nie należy traktować także, jako zmianę oferty. Dokonana przez wykonawcę modyfikacja treści oferty, pod kątem treści załącznika nr 7.3 do SIWZ, jest bezskuteczna z uwagi na brzmienie normy prawnej ujętej w art. 84 ust. 1 Prawo zamówień publicznych.”. Zdaniem odwołującego wykonawca Budolas nie zdołał, wbrew istniejącemu obowiązkowi, wykazać przed zamawiającym spełniania warunków uprawniających ten podmiot do udziału w przetargu. W tej sytuacji zdaniem odwołującego, zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powinien był odrzucić ofertę wykonawcy Budolas.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Turawa w latach 2013-2016.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2012 r., pod numerem 2012/S 219-360988.

Zgodnie z treścią SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na 3 części:

- 1) część 1 – usługi gospodarki leśnej,

- 2) część 2 – szkółka leśna,
- 3) część 3 – utrzymanie dróg leśnych w Nadleśnictwie Turawa.

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na jedną lub większą ilość części.

Zgodnie z pkt. 5.2.3. SIWZ dla części 3 zamawiający określili następujące warunki udziału w postępowaniu:

- 1) w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia – doświadczeniem polegającym na wykonaniu należytych w ciągu 12-tu po sobie następujących miesięcy, co najmniej jedną usługą o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia (prace w zakresie utrzymania i konserwacji dróg o nawierzchni tłuczniowej) o wartości minimum 600 tys. zł brutto;
- 2) w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:
 - a) warunek zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje następującymi maszynami i urządzeniami:
 - spycharka – 1 szt.,
 - równiarka samojezdna – 1 szt.,
 - samochód samowładowy – 4 szt.,
 - kosiarka rotacyjna (kosiarka sepii) – 1 szt.,
 - walec – 1 szt.,
 - urządzenie do odśnieżania – 2 szt.
 - b) warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże wielkość średniorocznego zatrudnienia pracowników, w tym personelu kierowniczego w ilości nie mniejszej niż 5 osób, w okresie ostatnich trzech lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,
 - c) warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż dysponuje minimum 1 osobą, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadającą uprawnienia budowlane odpowiadające przedmiotowi zamówienia w specjalności drogowej;
- 3) w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej warunek ten zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że posiada:
 - a) środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 200 tys. zł, w okresie nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
 - b) opłaconą polisę lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia na wartość nie mniejszą niż 500 tys. zł.

Zgodnie z pkt 6.2.3. SIWZ na potwierdzenia spełniania powyższych warunków udziału w postępowaniu wykonawcy składający oferty w ramach części 3 winni byli złożyć:

- 1) wykaz wykonanych usług zgodnie z załącznikiem nr 4.3 do SIWZ,
- 2) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych zgodnie z załącznikiem nr 5.3 do SIWZ,
- 3) oświadczenie na temat wielkości średniorocznego zatrudnienia wykonawcy usług oraz liczebności personelu kierowniczego zgodnie z załącznikiem nr 6.3 do SIWZ,
- 4) wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakres wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – zgodnie z załącznikiem nr 7.3 do SIWZ. Z wykazu ma wynikać, że wykonawca dysponuje minimum 1 osobą, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadającą uprawnienia budowlane odpowiadające przedmiotowi zamówienia w specjalności drogowej,
- 5) oświadczenie, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia zgodnie z załącznikiem nr 7a.3 do SIWZ,
- 6) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadania środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcą,
- 7) opłaconą polisę.

Zgodnie z pkt. 13.1.3. SIWZ zamawiający określił dla części 3 następujące kryteria oceny ofert: cena – waga 90%, ilość osób zatrudnionych na umowę o pracę – waga 10%. Zamawiający wskazał, iż maksymalna ilość punktów w ramach drugiego kryterium zostanie przyznana dla wykonawcy zatrudniającego 10 lub więcej osób.

Do upływu terminu składania ofert w ramach części 3 swoje oferty złożyli:

- 1) Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowo-Usługowe „Budolas” Sp. z o. o. z siedzibą w Opolu na kwotę 1.822.638,60 zł, ilość zatrudnionych osób na umowę o pracę – 26;
- 2) Euro-Standard s.c. A..... K....., A..... K..... z siedzibą w Opolu na kwotę 1.996.611,28 zł, ilość zatrudnionych osób na umowę o pracę – 11.

Izba ustaliła, iż wykonawca Budolas w załączonym do oferty wykazie zatrudnianych osób (zawierającym 27 nazwisk) wskazała m.in. Z..... P..... jako posiadającego uprawnienia operatora spycharki, równiarki, walca. Jako osobę posiadającą uprawnienia budowlane odpowiadające przedmiotowi zamówienia w specjalności drogowej wykonawca wskazał R..... K..... Do wykazu załączono również dokumenty wskazujące na uprawnienia posiadane przez wymienione osoby.

Pismem z dnia 7 stycznia 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z pismem wykonawcy Euro-Standard s.c. A..... K....., A..... K..... o poświadczeniu nieprawdy, co do uprawnień Zbigniewa Piwko, zwrócił się do wykonawcy Budolas o wyjaśnienia w tym zakresie, tj. czy wymieniona osoba posiada uprawnienia na równiarkę oraz walec.

W odpowiedzi w piśmie z dnia 10 stycznia 2013 r., wykonawca Budolas wyjaśnił, iż w informacji dotyczącej kwalifikacji Z..... P..... widnieją nieprawdziwe dane odnośnie posiadanych uprawnień w zakresie obsługi równiarki i walca (błąd powstał w wyniku sporządzania oferty przez nowo zatrudnionego pracownika – na stanowisku referenta do spraw kadrowo-techniczno-organizacyjnych). Dodatkowo wykonawca Budolas wskazał, że obsługę równiarki i walca wykonują na jego rzecz w ramach umowy o dzieło: A..... B....., który posiada uprawnienia na obsługę równiarki oraz J..... S....., który posiada uprawnienia na obsługę walca.

Pismem z dnia 18 stycznia 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty w ramach części 3 wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowo-Usługowe „Budolas” Sp. z o. o. z siedzibą w Opolu.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 30 stycznia 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Budolas Sp. z o. o. z siedzibą w Opolu, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie 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. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy

Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania zamawiający musi zbadać czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki: po pierwsze - stwierdzić fakt złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie - ustalić, że te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przechodząc na grunt przedmiotowego postępowania Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż przystępujący złożył nieprawdziwe informacje. Niewątpliwie wykonawca Budolas przyznał w złożonych wyjaśnieniach, że przedłożony wykaz osób zawiera nieprawdziwe dane co do kwalifikacji Z..... P..... ale nie sposób pominąć dalszej części tych wyjaśnień wskazujących na okoliczności zaistnienia błędu. W ocenie Izby biorąc pod uwagę w/w wyjaśnienia wykonawcy Budolas, czy też fakt złożenia wraz z ofertą dokumentów wskazujących na rzeczywiste uprawnienia posiadane przez Z..... P..... należało stwierdzić, iż mamy do czynienia z błędem a nie ze złożeniem nieprawdziwych informacji. Zdaniem Izby uznając, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji zamawiający musiałby stwierdzić, że doszło do celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a zatem w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. W ocenie Izby podanie nierzetelnych informacji co do kwalifikacji posiadanych przez Z..... P..... zamawiający słusznie uznał za błąd wykonawcy. Powyższa argumentacja Izby znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12). Niezależnie od powyższego aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający musiałby wykazać również zaistnienie drugiej z przesłanek tj., że nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, nie sposób zgodzić się z odwołującym, że złożenie informacji dotyczących kwalifikacji Z..... P..... miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nie ma wątpliwości, iż wykonawcy składający oferty na część 3, w zakresie warunku dotyczącego potencjału kadrowego zobligowani byli do wykazania się dysponowaniem co najmniej 1 osobą, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadającą uprawnienia

budowlane odpowiadające przedmiotowi zamówienia w specjalności drogowej. Zamawiający nie postawił żadnego wymogu, co do dysponowania osobą bądź osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania równiarką czy walcem, dlatego też informacje dotyczące uprawnień Z..... P..... nie wpływały w żaden sposób na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Budolas. Odnosząc się natomiast do kryterium oceny ofert – ilość osób zatrudnionych na umowę o pracę, również należało stwierdzić brak jakiegokolwiek wpływu, nawet hipotetycznego, informacji dotyczących uprawnień Z..... P..... na wynik przedmiotowego postępowania. W złożonym wykazie osób wykonawca Budolas wskazał 26 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w tym również Z..... P..... Fakt, iż Z..... P..... jest zatrudniony przez wykonawcę Budolas na podstawie umowy o pracę nie był kwestionowany przez odwołującego. Tym samym, uwzględniając sposób liczenia punktów zawarty w SIWZ, podaną ilość zatrudnionych osób, nie sposób stwierdzić jakiegokolwiek wpływu informacji podanych przez wykonawcę Budolas a dotyczących uprawnień Z..... P..... na wynik przedmiotowego postępowania. Dodatkowo Izba podnosi, iż w zakresie uprawnień dotyczących Z..... P....., zamawiający nie wzywał wykonawcy Budolas do złożenia nowego wykazu. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie zastosował wobec przystępującego dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co do przedłożonego wykazu osób, a wyłącznie dyspozycję art. 26 ust. 4 ustawy Pzp żądając złożenia wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Niewątpliwie wykonawca Budolas w zakresie potencjału kadrowego wykazał, iż dysponuje minimum 1 osobą, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadającą uprawnienia budowlane odpowiadające przedmiotowi zamówienia w specjalności drogowej wskazując na stanowisko kierownika robót R..... K..... Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie postawił warunku w zakresie wykazania się dysponowaniem osobą bądź osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania równiarką i walcem. Uzasadnienia nie znajduje również zarzut naruszenia art. 84 ust. 1 ustawy Pzp jak i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niewątpliwie adresatem normy wyrażonej w art. 84 ust. 1 ustawy Pzp jest wykonawca, który zgodnie z przedmiotową normą przed upływem terminu do składania ofert może zmienić lub wycofać ofertę. Mając na uwadze powyższe nie sposób uznać, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Niemniej, Izba stwierdza, że wykonawca Budolas nie dokonywał w przedmiotowym postępowaniu czynności o których mowa w art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby brak jest również jakichkolwiek argumentów, które uzasadniałyby zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Budolas z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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: