

Sygn. akt: KIO 5/12

WYROK

z dnia 16 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 stycznia 2012 r.** przez wykonawcę **Roberta Wnuk**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TREBOR Robert Wnuk, Szczeka 97, 28-236 Rytwiany**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Staszów ul. Oględowska 4, 28-200 Staszów**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie,

1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy: **Rafała Brzozy** prowadzącego działalność gospodarczą: **Usługi Leśne Rafał Brzoza** z siedzibą w Rydzynie na część 7 zamówienia,

1.2. nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert na część 7 zamówienia, poprzedzone wezwaniem wykonawcy **Rafała Brzozy**, prowadzącego działalność gospodarczą: **Usługi Leśne Rafał Brzoza** z siedzibą w Rydzynie do uzupełnienia dokumentu załącznika nr 7.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Staszów ul. Oględowska 4, 28-200 Staszów,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł**, (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Roberta Wnuk, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe TREBOR Robert Wnuk, Szczeka 97, 28-236 Rytwiiany** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Staszów ul. Oględowska 4, 28-200 Staszów**, na rzecz odwołującego **Roberta Wnuk, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe TREBOR Robert Wnuk, Szczeka 97, 28-236 Rytwiiany**, kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pod nazwą „Usługi leśne w roku 2012,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23.11.2011 r. pod nr 2011/S 225 - 365439, nr 2011 S 236-381621 z 8.12.2011 r., w dniu 2 stycznia 2012 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie w zakresie części 7 zamówienia - przez wykonawcę Roberta Wnuk, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TREBOR Robert Wnuk z siedzibą w Rytwianach (dalej zwany odwołującym), w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 23 grudnia 2011 r. o wyborze na część 7 zamówienia oferty wykonawcy Rafała Brzozy, prowadzącego działalność gospodarczą: Usługi Leśne Rafał Brzoza z siedzibą w Sydzninie.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą, wykonawca: Robert Wnuk zarzucił zamawiającemu: Skarbowi Państwa - Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasy Państwowe Nadleśnictwo Staszów naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez nie respektowanie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, przez wadliwe zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na część 7 zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy na część 7 zamówienia,
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Rafała Brzozy do uzupełnienia dokumentów i udzielenia wyjaśnień, przez co doszło do zmiany treści oferty tego wykonawcy.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na część 7 zamówienia,

2. wykluczenia wykonawcy Rafała Brzozy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Rafała Brzozy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy Pzp,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty, spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący przytoczył treść art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy między innymi spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że postawienie warunków udziału w postępowaniu ma na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego, lub w stosunku do którego ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Przez warunki udziału w postępowaniu należy zatem rozumieć - określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, odnoszące się do właściwości podmiotowych, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do przetargu, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Na powyższe wskazują również inne przepisy ustawy, chociażby art. 26 ust. 2a Pzp, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania (...) ofert, spełnianie warunków, których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 tej ustawy.

Odwołujący wyjaśniał, że w odniesieniu do potencjału technicznego w tym przetargu - weryfikacja spełnienia warunków dokonywana miała być w oparciu o wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych oraz stan zatrudnienia i liczebność personelu kierowniczego. Na część 7 zamówienia (Leśnictwo Łubnice) zostały złożone 2 oferty, w tym oferta odwołującego. W punkcie 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” (część 1-15) przewidziano, że warunek uznany zostanie za spełniony (pkt 5.1.1.2), jeśli średniorocznie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonawca zatrudnił w ciągu jednego roku kalendarzowego minimum 3 pracowników na każdą część zamówienia. Odwołujący podkreślał, że zamawiający jest związany określonymi przez siebie w SIWZ warunkami udziału w postępowaniu. Skoro zamawiający – jak ocenił odwołujący, za jednostkę miary średniorocznego zatrudnienia minimum 3 pracowników - ustalił rok kalendarzowy, oznacza to okres liczony od 1 stycznia do 31 grudnia danego roku.

Odwołujący podał, że wykonawca wybrany na część 7 - Rafał Brzoza wykazał w „Oświadczeniu na temat średniego rocznego zatrudnienia” (zał. nr 7), że w okresie od 01.01.2010 r. do 31. 12. 2010 r. średnio zatrudnił 3 pracowników, co odwołujący poczytał za oświadczenie nieprawdziwe. Z tych względów wniósł pisemne „zastrzeżenia” co do prawdziwości wymienionego oświadczenia oraz co do prawdziwości oświadczenia wykonawcy Rafała Brzozy zawartego w załączniku nr 4 do SIWZ „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia,” ponadto w załączniku nr 5 „Wykazie narzędzi i urządzeń technicznych do realizacji zamówienia.” W odniesieniu do zgłoszonych zastrzeżeń zamawiający wezwał wykonawcę Rafała Brzozę do złożenia stosownych wyjaśnień. W odpowiedzi wykonawca ten wyjaśnił, że „przez pomyłkę wpisał dla Henryka B. umowę o pracę zamiast umowy o dzieło (..), a w załączniku nr 7 zamiast roku 2011 wpisał 2010. Prawidłowy okres powinien obejmować 01.12.2010 do 01.12. 2011.” Zdaniem odwołującego, zamawiający niezasadnie uwzględnił wyjaśnienia Rafała Brzozy.

Podtrzymał zarzuty, że kwestionowany wykonawca:

- złożył nieprawdziwe informacje w ww. zakresie, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- wykonawca nie wykazał średniorocznego zatrudnienia 3 pracowników w roku kalendarzowym.

Ponadto odwołujący zarzucił, że wykonawca wybrany w załączniku nr 5 „Wykaz narzędzi i urządzeń technicznych do realizacji zamówienia” wpisał ciągnik rolniczy C-360 z przyczepą z adnotacją - D, co oznacza dysponowanie tym sprzętem, ale do oferty nie dołączył oświadczenia o udostępnieniu potencjału - jak to uczynił w przypadku sprzętu o nazwie skider LKT 81. Natomiast w tym samym załączniku, w drugiej jego części pn. „Kryterium” ten sam ciągnik rolniczy wpisał jako własny. Nadmienił, że z tytułu dysponowania własnymi ciągnikami do zrywki (tzn. poza warunkiem udziału w postępowaniu) za dodatkowe 3 i więcej ciągników, według pkt 13 SIWZ, dotyczącego oceny oferty, zamawiający przyznawał 10 punktów. Taką ilość punktów przyznał wybranemu wykonawcy, mimo że w ocenie odwołującego, w ofercie tego wykonawcy brak wiarygodnej informacji co do podstawy dysponowania ciągnikami rolniczymi wymienionymi w zał. nr 5. Zamawiający nie żądał od wykonawcy Rafała Brzozy wyjaśnienia tych rozbieżności. Nie żądał również przedłożenia pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji wybranego wykonawcy „niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” w odniesieniu do ciągnika rolniczego – przez co zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art.

87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz gdy została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący ocenił, że postępowanie zamawiającego dowodzi naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie uwzględnił całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w rozumieniu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, W piśmie z dnia 12 stycznia 2012 r. ustosunkowując się do treści odwołania, postanowił uznać zarzuty odwołującego w zakresie:

- zaniechania czynności wezwania wykonawcy Usługi Leśne Rafał Brzoza Sydzyna 18, 28-236 Rytwiany do uzupełnienia dokumentów i udzielenia wyjaśnień w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - dotyczy to wpisania Henryka B. jako zatrudnionego na umowę o pracę, podczas gdy jest to umowa o dzieło, w czego następstwie uwzględniono nieprawdziwe dane dotyczące zatrudnionych pracowników,
- zaniechania czynności wezwania wykonawcy Rafała Brzozy w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących średniorocznego zatrudnienia pracowników, a w konsekwencji przyjęcie nieprawdziwych danych w tym zakresie i nie odrzucenie oferty.

Zamawiający zapowiedział, że przy ponownym badaniu i ocenie ofert, będzie postępował zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu odwołującego odnoszącego się do:

- narzędzi i urządzeń technicznych do wykonania zamówienia, w zakresie dysponowania ciągnikiem rolniczym C 360 z przyczepą.

Ponadto, zamawiający nie uznał zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przyznał, że po dokonaniu analizy odwołania, stwierdził iż zarzuty odwołującego częściowo znalazły potwierdzenie w dokumentacji przetargowej i są w tej części uzasadnione.

Przytoczył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w oparciu o który zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Stwierdził, że powyższy tryb nie został zachowany, a zamawiający błędnie wezwał w oparciu o przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wykonawcę Rafała Brzozę do złożenia wyjaśnień w kwestii zatrudnienia osób zdolnych do wykonywania zamówienia, a powinien zastosować art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż informacje te odnoszą się do treści oferty - kryteriów wyboru oferty

najkorzystniejszej. Zaznaczył, że zaistniałe podanie informacji nieprawdziwych, bez względu na to czy było zamierzone czy też nie, nie ma wpływu na wybór oferty, gdyż zarówno umowa o pracę jak i umowa o dzieło są traktowane w ocenie kryteriów wyboru oferty za równoważne. Ponadto, wykonawca Usługi Leśne Rafał Brzoza dostał w tym kryterium ocenę 0 pkt. W związku z powyższym, nie zachodzi konieczność wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie dokonał też w tym zakresie poprawy oferty z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym nie doszło do zmiany treści oferty będącej naruszeniem art. 87 ust.1 zdanie drugie tej ustawy.

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, (...), albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...).

Z powyższego wynika, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy. Zamawiający wezwał wykonawcę: Usługi Leśne Rafał Brzoza do złożenia wyjaśnień dotyczących „Oświadczenia o średniorocznym zatrudnieniu” - zał. nr 7 do SIWZ w oparciu o przepis 26 ust. 4 ustawy, podczas gdy w ocenie zamawiającego, winno tu nastąpić wezwanie do uzupełnienia wadliwego dokumentu w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z tych względów, zamawiający uznał za zasadny zarzut zaniechania powyższej czynności. Wykonawca Usługi Leśne Rafał Brzoza zawarł w oświadczeniu na temat średniego rocznego zatrudnienia (zał. nr 7 do SIWZ) nieprawidłowe informacje, co winno skutkować wezwaniem o uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaszła tu bowiem rozbieżność w informacjach przekazanych przez wykonawcę w ofercie pomiędzy okresem roku kalendarzowego zawartego w załączniku nr 7 a okresem prowadzenia działalności zawartym w zaświadczeniu o wpisie do Ewidencji Działalności Gospodarczej. Zamawiający przyznał, że przez brak wezwania i sprecyzowania w nim swoich zarzutów i żądań w stosunku do wadliwego dokumentu uniemożliwił wykonawcy Usługi Leśne Rafał Brzoza złożenie prawidłowego dokumentu niezawierającego błędów i potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W ten sposób, zamawiający obarczył wykonawcę, który zastosował się do wystosowanego wadliwego wezwania, negatywnymi konsekwencjami działania w dobrej wierze zgodnie z zaleceniami zamawiającego. W konsekwencji, zamawiający uznając wyjaśnienia wykonawcy, uwzględnił w ocenie spełniania warunków udziału wadliwy dokument - przez co naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wymienionego wyżej wykonawcy, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nie uznanie oferty za odrzuconą.

Zamawiający ubolewał, że odwołujący wystosowując do zamawiającego dwa pisma informujące o nieprawidłowościach nie zawarł w nich wszystkich zauważonych przez siebie, a wymienionych w odwołaniu uchybień zamawiającego, gdyż z pewnością zostały by one uwzględnione przez zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem dotyczącym niewypełnienia obowiązku wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących dysponowania narzędziami i urządzeniami technicznymi w zakresie ciągnika rolniczego C-360 z przyczepą z adnotacją D - do dyspozycji wykonawcy, w szczególności dokumentu potwierdzającego oddanie sprzętu do dyspozycji. Do oferty jest bowiem dołączony dokument - oświadczenie o udostępnieniu potencjału przez Barbarę Król Motroicką, Dariusza Króla, co odwołujący mógł przeoczyć, gdyż zamawiający przesłał ten dokument elektronicznie poza ofertą wykonawcy Usługi leśne Rafał Brzoza w dniu 16 grudnia 2011 r. Przyczyną tego zdarzenia było utknięcie dokumentu w maszynie skanującej. Zamawiający niezwłocznie po zauważeniu tego faktu przesłał brakujący dokument.

Zdaniem zamawiającego, przywołany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nie może mieć w przedmiotowym postępowaniu zastosowania, gdyż odnosi się do sytuacji gdy zamówienie zostało udzielone.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający wnosił jak na wstępie, jednocześnie zobowiązując się w ponownym badaniu i ocenie ofert przestrzegać obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych.

Pismem z dnia 16 stycznia 2012 r., złożonym na rozprawie, zamawiający zmienił stanowisko i żądał oddalenia odwołania w całości - nie uwzględniając żadnego z zarzutów.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 3 stycznia 2012 r. do postępowania odwoławczego nie przystąpił w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Wprawdzie odwołujący przyznał, że przekazując kopię odwołania zamawiającemu pominął załączniki, jednakże wymienione załączniki, w szczególności przekazane jako dowody na poparcie stawianych zarzutów, znajdowały się w posiadaniu zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszeń o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty wykonawcy Rafała Brzozy na część 7 zamówienia, oferty odwołującego w odniesieniu

do załącznika nr 5, informacji o wynikach przetargu, korespondencji stron i złożonych wyjaśnień. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach zgłoszonych zarzutów, zgodnie z upoważnieniem wynikającym z treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia na część 7 obejmuje wykonanie na terenie Leśnictwa Łubnice usług leśnych niezbędnych do zagospodarowania lasów będących w zarządzie Nadleśnictwa Staszów w 2012 r., w tym: pozyskiwania drewna, zrywki drewna, ochronie lasu i zagospodarowania turystycznego, gradzenia modrzewia i innych prac ciągnikowych związanych z zagospodarowaniem lasu.

W punkcie 5 SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają między innymi warunki dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie części 1-15.

Pkt 5.1.1.1. – dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym co najmniej 3 osobami posiadającymi uprawnienia pilarza na każdą część zamówienia (...).

Pkt 5.1.1.2. – średniorocznie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonawca zatrudnił w ciągu jednego roku kalendarzowego minimum 3 pracowników na każdą część zamówienia (np. wykonawca składający ofertę na 3 części musi wykazać przeciętne zatrudnienie 9 osób rocznie).

Pkt 5.1.1.3. – dysponuje narzędziami i urządzeniami technicznymi niezbędnymi do wykonania zamówienia. Wymagania minimalne: dysponuje minimum 3 piłarkami profesjonalnymi, 1-m ciągnikiem rolniczym z osprzętem do zrywki drewna oraz ciągnikiem typu skider lub clembank do zrywki drewna wielkowymiarowego na każdą część zamówienia.

W punkcie 6 SIWZ wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

Pkt 6.1. wykonawca zobowiązany był przedłożyć następujące dokumenty:

Pkt 6.1.2. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ wraz z informacjami na temat ich wykształcenia, niezbędnych do

wykonania zamówienia (np. pilarz, informacje o zaświadczeniach ukończenia kursu pilarza wydane przez ...(podać nazwę dokumentu i organ wydający), (...)) a także zakresem wykonywanych przez nie czynności oraz podstawie dysponowania tymi osobami (np. pracownik własny, umowa zlecenia, udostępniony przez podmiot trzeci itp.).

Pkt 6.1.4. – wykaz narzędzi i urządzeń technicznych według wzoru załącznika nr 5 dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacjami o podstawie dysponowania zasobami (własny, udostępniony).

Pkt 6.1.6. – oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy usług oraz liczebności personelu kierowniczego, w tym właściciel, nadzór merytoryczno organizacyjny (...) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z wykorzystaniem załącznika nr 7.

Pkt 6.1.8. – Jeżeli wykonawca polega na (...) potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W punkcie 13 SIWZ zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

- cena – waga 85%,
- dysponowanie potencjałem kadrowym, zatrudnionym na umowę o pracę, umowę zlecenia, lub umowę o dzieło – waga 5%,
- dysponowanie własnymi ciągnikami do zrywki – 10% (w tym ciągnik typu skider oraz ciągnik rolniczy z przyczepą samozaładowczą odpowiada 2 ciągnikom rolniczym, natomiast ciągnik z procesorem zrywkowo – manipulacyjnym, odpowiada 3 ciągnikom).

Punktowane w kryterium było dysponowanie własnymi ciągnikami do zrywki - dodatkowo, tzn. poza warunkami udziału w postępowaniu.

Zamawiający określił szczegółowy sposób ustalania punktacji ofert w wymienionych kryteriach.

W formularzu oferty wykonawca był zobowiązany wskazać część zamówienia, które zamierzał zlecić podwykonawcy, w tym podmioty trzecie, na potencjał których powołują się wykonawca, a korzystanie jest uzależnione od bycia podwykonawcą, np. potencjał osobowy

samozatrudniających się. Wskazanie podwykonawcy dotyczy przypadku, gdy wykonawca powołuje się na ich potencjał.

W formularzu „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia,” według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ, wykonawca zobowiązany był podać: imię i nazwisko osoby, zakres prac -%, przeznaczonych do wykonania w ramach części zamówienia, doświadczenie i wykształcenie, wpisać numer i nazwę organu wydającego zaświadczenie, lub załączyć kopię dokumentu do oferty. Wskazać podstawę do dysponowania (np. umowa o pracę, umowa o dzieło, umowa o podwykonawstwo, deklaracja współpracy, oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci, itp.

Wykonawca zobowiązany był osobno wskazać osoby w ramach wykazania spełnienia warunków udziału oraz osobno wymienić osoby w celu oceny oferty w ustalonym kryterium.

Zamawiający nie dopuścił „powtarzania osób w częściach zamówienia.”

W opisie sprzętu w załączniku nr 5 „Wykaz narzędzi i urządzeń technicznych do realizacji zamówienia,” wykonawca zobowiązany był podać rodzaj: S- skider, C- clembank, Cr- ciągnik rolniczy, H- harwester, F- forwarder, P- pilarka, podać nazwę, model, podstawę dysponowania, W – własny, D – do dyspozycji (parametry techniczne, jeśli dotyczą. Również w tym wykazie wykonawca zobowiązany był podać sprzęt w ramach wykazania spełnienia warunków udziału oraz odrębnie podać sprzęt – w ramach ustalonego kryterium oceny ofert w tym zakresie. Pod wykazem widnieje objaśnienie:

- bez powtarzania sprzętu,
- własny = osobisty, pracownika na umowę o pracę, na umowę zlecenia lub o dzieło,
- w dyspozycji = udostępniony przez podmiot trzeci, lub jw. bez umowy zlecenia, lub umowy o dzieło, w tym wypadku wymagany jest dokument, jak w punkcie 6.1.8 – czyli oświadczenie o udostępnieniu potencjału.

W załączniku nr 7 „Oświadczenie na temat średniego rocznego zatrudnienia” należało określić:

- za rok (podać okres) – zatrudnionych pracowników, liczebność personelu kierowniczego.

Pod tabelą widnieje uwaga.

„Przy obliczaniu średniorocznego zatrudnienia należy dodać średnie liczby zatrudnionych w poszczególnych miesiącach i otrzymaną sumę podzielić przez 12. Średnie zatrudnienie w miesiącu należy ustalić dodając stany zatrudnienia (pełnozatrudnionych w osobach fizycznych oraz niepełnozatrudnionych po przeliczeniu na pełne etaty) w poszczególnych dniach pracy w danym miesiącu, łącznie z przypadającymi w tym czasie niedzielami, świętami oraz dniami wolnymi od pracy (przyjmuje się dla tych dni stan zatrudnienia z dnia poprzedniego lub

następnego, jeśli miesiąc rozpoczyna się dniem wolnym od pracy) i otrzymaną sumę dzieląc przez liczbę dni kalendarzowych miesiąca sprawozdawczego.

Do zatrudnionych zalicza się osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru lub mianowania, w tym również osoby zatrudnione przy pracach interwencyjnych i robotach publicznych, finansowanych z Funduszu Pracy, osoby młodociane pracujące na podstawie umowy o pracę, a nie o naukę zawodu, osoby przebywające za granicą na podstawie delegacji służbowej.

Do zatrudnionych nie zalicza się:

- osób wykonujących prace nakładczą,
- uczniów, którzy zawarli z zakładem pracy umowę o naukę zawodu lub przyuczenie do wykonywania określonej pracy,
- osób korzystających w dniu 31 grudnia z urlopów wychowawczych bezpłatnych w wymiarze powyżej 3 miesięcy,
- osób zatrudnionych na podstawie umowy zlecenia lub umowy o dzieło.

Strony zgodnie przyznały, że w odniesieniu do postanowień SIWZ, których dotyczą zarzuty odwołania, zamawiający nie dokonał zmian ani nie udzielał wyjaśnień na zapytania wykonawców.

Wykonawca wybrany Rafał Brzoza Usługi Leśne z siedzibą w Sydzynie złożył ofertę wyłącznie na część 7 zamówienia, z ceną ofertową w kwocie 348 924,32 zł brutto.

W punkcie 4 formularza oferty wykonawca Rafał Brzoza przewidział udział podwykonawców, tzn. podzlecenie usługi w zakresie ścinki po 20% zamówienia dla osób:

1. Jarosława C. z adnotacją D,
2. Grzegorza D.,
3. Marcina M.

W wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ - w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podał te same osoby, tj.:

1. Jarosława C.,
2. Grzegorza D.,
3. Marcina M.,

- przy wymienionych nazwiskach umieścił literę D, co oznaczało, że są to podwykonawcy, wskazani w formularzu ofertowym.

Załączył oświadczenia własne Jarosława C., Marcina M., Grzegorza D., że wymienieni będą świadczyć usługi na rzecz firmy Usługi Leśne Rafał Brzoza. W tym Marcin M. i Jarosław C., na podstawie umowy o dzieło. W oświadczeniu Grzegorza D. nie podano sposobu świadczenia usługi.

Zamawiający i odwołujący przyznali, że zastosowany przez wybranego wykonawcę formularz dotyczący udostępnienia potencjału nie był obowiązkowy, tzn. nie został umieszczony w materiałach dokumentacji przetargowej.

Natomiast w odniesieniu do kryterium oceny ofert, wymienił:

1. Henryka B.,
2. Piotra D.,
3. Krzysztofa B.,
4. Mariusza S.,

- jako pracowników zatrudnionych na umowę o pracę oraz osobę właściciela, tj. Rafała Brzozę.

Wykonawca Rafał Brzoza w załączniku nr 5 „Wykaz narzędzi i urządzeń technicznych do realizacji zamówienia,” w odniesieniu do wykazania spełnienia warunków udziału, ujął:

1. pilarkę stihl (P), 3 sztuki, (W) własna,
2. ciągnik rolniczy (C) model 360, (D) udostępniony (przyczepa),
3. skider (S) nazwa LKT model 81, (D) udostępniony.

Do wykazu załączył oświadczenie Barbary Król Motroickiej oraz Dariusza Króla z 12.12.2011r. o udostępnieniu zasobu w postaci ciągnika z przyczepą.

Złożył oświadczenie wystawione przez Kazimierza Cepil z dnia 12.12.2011 r. w odniesieniu do udostępnienia sprzętu, tj. skidera LKT 81 na rzecz Rafał Brzozy, jeśli zostanie on wykonawcą zamówienia.

W odniesieniu do kryterium oceny ofert wykonawca wymienił:

1. ciągnik rolniczy Cr, nazwa MT2-80,
 2. ciągnik rolniczy Cr, nazwa C-360,
 3. ciągnik rolniczy Cr, nazwa T-25,
- jako sprzęt własny.

Zamawiający potwierdził, że nie wymagał podania zindywidualizowanych cech sprzętu, przez oznaczenie numerów rejestracyjnych. Bezspornie ciągniki i przyczepy posiadają numery

rejestracyjne. W ofercie odwołującego w załączniku nr 5, również powtarza się ten sam rodzaj sprzętu, tj. ciągnik C 360 zarówno w odniesieniu do wykazania spełnienia warunków udziału jak i w części do oceny w odnośnym kryterium.

W oświadczeniu na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia według wzoru załącznika nr 7 do SIWZ, wykonawca Rafał Brzoza podał, że w roku od 01.01.2010 do 31.12.2010 średnio zatrudniał 3 pracowników i jedną osobę personelu kierowniczego. Z odpisu z Ewidencji Działalności Gospodarczej wynika, że wykonawca został zarejestrowany 20 lipca 2010 r.

Z protokołu postępowania wynika, że ofertę na część 7 zamówienia złożył również odwołujący, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 401 398,84 zł. Do wyznaczonego terminu 14 grudnia 2011 r. wpłynęły 2 oferty.

Pismem z dnia 23 grudnia 2011 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy Rafała Brzozy na część 7 zamówienia. W uzasadnieniu wyboru podał, że zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, za najkorzystniejszą, należy uznać taką ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. (...). Kryterium wyboru oferty były: cena - 85%, dysponowanie ciągnikami do zrywki, dysponowanie potencjałem kadrowym. Na przetarg wpłynęły 2-e ważne oferty. Oferta najkorzystniejsza uzyskała 95 punktów, w tym cena - 85 punktów, dysponowanie ciągnikami do zrywki - 10 punktów. Dysponowanie potencjałem kadrowym - 0 punktów.

Uprzednio pismem z dnia 20 grudnia 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę Rafała Brzozę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 23 ust. 4 ustawy Pzp, „Czy wymieniony w oświadczeniu na temat średniego rocznego zatrudnienia (zał. nr 7) okres nie zawiera błędu, gdyż wymagany był okres roczny, oraz czy Henryk B. wymieniony w załączniku nr 4 „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia,” zatrudniony jest jako pracownik na umowę o pracę, czy też na umowę o dzieło.

Zapytania wynikały z „zastrzeżeń” odwołującego przedstawionych w piśmie z dnia 15 grudnia 2011 r., w którym odwołujący podnosił po zapoznaniu się z ofertą konkurenta, że dane w załączniku nr 7 na temat średniego rocznego zatrudnienia nie są zgodne ze stanem faktycznym, gdyż Rafał Brzoza założył działalność w dniu 20 lipca 2010 r., co potwierdza dołączony do oferty odpis z Ewidencji Działalności Gospodarczej, czyli nie może wykazywać zatrudnienia od 1 stycznia 2010 r. Podając średnie roczne zatrudnienie 3 pracowników i 1 – personel kierowniczy, powinien zatrudniać 8 pracowników miesięcznie od lipca do grudnia

2010 r. Odwołujący zaznaczył, że przez ten czas wykonawca Rafał Brzoza pracował jako samozatrudniający się pracownik w jego zakładzie i nie zatrudniał żadnego pracownika.

W odniesieniu do informacji zawartych w załączniku nr 4 do oferty konkurencyjnej – „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia,” wykaz zawiera 3 osoby – w warunkach udziału, w 2 przypadkach obejmuje podpisane oświadczenie o umowy o dzieło i jedno oświadczenie bez określenia zasad współpracy, który wykazano w formularzu ofertowym jako potencjał samozatrudniający się, czyli podwykonawca. Ponadto wykazany w kryteriach Henryk B., nie jest zatrudniony na umowę o pracę, gdyż prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą. Odwołujący postulował, aby zamawiający dokonał ponownej oceny ofert.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca Rafał Brzoza pismem z dnia 21 grudnia 2011 r. udzielił wyjaśnień, że w załączniku nr 4 – „Wykazie osób, które będą wykonywać zamówienie,” przez pomyłkę wpisał dla Henryka B. umowę o pracę zamiast umowy o dzieło. Jednocześnie w załączeniu, ponownie złożył załącznik według wzoru nr 7 „Oświadczenie na temat średniego rocznego zatrudnienia,” w którym wpisał okres od 01.12.2010 do 01.12.2011, pozostawiając tą samą ilość zatrudnionych. Wyjaśnił, że poprzednio zamiast roku 2011, wpisał rok 2010. Prawidłowy okres powinien być: 01.12.2010 do 01.12.2011.

Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia, i w dniu 23 grudnia 2011 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Rafała Brzozy na część 7 zamówienia.

Odwołujący ponownie w dniu 23 grudnia 2011 r. zwrócił się do zamawiającego, podając, że z informacji, które posiada, wynika, iż wykonawca Rafał Brzoza Usługi Leśne nie zatrudnia wymaganej ilości pracowników na umowę o pracę. Stąd wnosił, aby wykonawca ten przedstawił stosowne dokumenty z zatrudnienia pracowników w roku kalendarzowym 2010, lub 2011, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wskazywał, że niespełnienie wymagań zawartych w SIWZ, polega na braku wykazania zatrudnienia minimalnej ilości pracowników wymaganej dla realizacji poszczególnych zadań, co stanowi naruszenie wymogu określonego w pkt 5.1.1.2 SIWZ. Powoduje, że wykonawca Rafał Brzoza nie wykazał możliwości wykonania zamówienia, co formalnie stanowi podstawę prawną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z pkt. 2 wymienionego przepisu ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wymienione „zgłoszenia” nieprawidłowości w pismach z dnia 15 i 23 grudnia 2011 r., zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2011 r. poinformował odwołującego o treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Rafała Brzozę, tzn., że:

- wykonawca popełnił omyłkę w dacie okresu roku użytego do obliczenia przedziału czasowego i równocześnie podał prawidłowy zakres tego przedziału,
- w odniesieniu do dysponowania pilarzem Henrykiem B., firma Usługi Leśne Rafał Brzoza wyjaśniła, że dysponuje nim na podstawie umowy o dzieło. Umowę o pracę wpisano pomyłkowo.

Zamawiający podkreślał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, może żądać tylko dokumentów wymienionych 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Specyfikacja przetargowa zawiera adekwatnie do postawionych warunków udziału i sposobu ich spełnienia, wszystkie wymagane – do złożenia przez wykonawców dokumenty i oświadczenia. Wykonawca Rafał Brzoza złożył dokumenty i wyjaśnienia, z których wynika spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu. W szczególności oświadczył – składając załącznik nr 7 – dotyczący średniego rocznego zatrudnienia, że spełnia warunek minimalny zatrudnienia 3 osób i w ten sposób wykazał jego spełnienie. Zamawiający zaznaczał, że wybierając ofertę najkorzystniejszą, nie mógł kierować się informacjami niezawartymi w ofercie (bądź w uzupełniających ją dokumentach w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia czy złożenia wyjaśnień). Nie mógł wymagać dokumentów, których nie wymienił w SIWZ, a tym bardziej gdy nie wskazuje ich wyżej przywołane rozporządzenie. Art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dotyczy zaś odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z ustawą, zatem przepis ten nie znajduje zastosowania, gdyż oferta wybranego wykonawcy pozostaje zgodna z ustawą. Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu jest podstawą do wykluczenia wykonawcy z mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający nie znalazł powodów do wykluczenia wykonawcy Rafała Brzozy z postępowania.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskutek nieprawidłowego wyboru oferty wykonawcy Rafała Brzozy, interes odwołującego mógłby doznać uszczerbku w związku z pozbawieniem wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia i korzyści z jego realizacji.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału, w tym warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Postawienie tak oznaczonych warunków ma

dawać rękojmię wyboru wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia publicznego. Wykonawca nie spełniający postawionych wymagań zamawiającego lub w stosunku do którego ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia podlega wykluczeniu z postępowania przetargowego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta podlega uznaniu za odrzuconą z mocy art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Stosownie do postanowień art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub większa niż kwoty wymienione w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z kolei art. 26 ust. 2a Pzp, postanawia, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania (...) ofert, spełnianie warunków, których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 tej ustawy.

Wymagane przez zamawiającego dokumenty, jak również zakres informacji w nich zawartych wynikały z upoważnienia zawartego w § 1 ust. 1 pkt 4,5,6 rozporządzenia 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – dla wykazania spełnienia warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z przytoczonego wyżej materiału dowodowego, dokumentami tymi były:

- „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia,” według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ;
- „Wykaz narzędzi i urządzeń technicznych” według wzoru załącznika nr 5 dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia,
- „Oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia” u wykonawcy usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z wykorzystaniem załącznika nr 7.

Jeżeli wykonawca polega na (...) potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Jednocześnie zamawiający, uczynił - dysponowanie potencjałem kadrowym, zatrudnionym na umowę o pracę, umowę zlecenia, lub umowę o dzieło oraz - dysponowanie własnymi ciągnikami do zrywki, kryterium oceny ofert, w rozumieniu art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, które winny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Bezsprzecznie przesłanki zostały ustalone odrębnie w odniesieniu do spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w zakresie kryteriów oceny oferty, a potencjał wykonawcy nie mógł być dublowany.

Odwołujący na rozprawie sprecyzował zarzuty odwołania jako ograniczające się do:

- 1) niewykazania spełnienia warunku zatrudnienia w okresie jednego roku kalendarzowego minimum 3 osób średniorocznie przez Rafała Brzozę, tym samym złożone w ofercie oświadczenie na temat średniorocznego zatrudnienia jest nieprawdziwe,
- 2) podania przez Rafała Brzozę w załączniku nr 4, w odniesieniu do oceny w kryterium dysponowania osobami - Henryka B. jako pracownika zatrudnionego na umowie o pracę, gdy faktycznie osoba ta pozostaje zatrudniona na podstawie umowy o dzieło, co stanowi podanie informacji nieprawdziwej, bez względu na to, że zamawiający nie przyznał punktów wybranej ofercie w wymienionym kryterium,
- 3) podania w wykazie sprzętu do realizacji zamówienia zarówno w odniesieniu do spełnienia warunków udziału jak i w odniesieniu do oceny w danym kryterium tego samego ciągnika rolniczego C 360 z przyczepą, raz wykazanego jako sprzęt udostępniony, a przy ocenie w kryterium jako sprzęt własny.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia, Izba uznała, że wykonawca wybrany: Rafał Brzoza podając w oświadczeniu na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia według wzoru załącznika nr 7 do SIWZ, że od 01.01.2010 do 31.12.2010 średnio zatrudniał 3 pracowników, nie wykazał spełnienia warunków udziału w tym zakresie, gdyż jak sam przyznał, przedstawiając odpis z Ewidencji Działalności Gospodarczej, działalność taką rozpoczął od sierpnia 2010 r., a ilość pracowników jaką zamierzał wykazać dotyczyła okresu od 01.12.2010 do 01.12.2011. W przeświadczeniu Izby, zamawiający postawił w tym zakresie warunki dosyć drobiazgowo, a ponadto wewnętrznie niespójne, których prawidłowe odczytanie i wypełnienie mogło nastroczać wykonawcy trudności - co nie powinno wywoływać negatywnych skutków dla oferenta. Tylko określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający użył określenia „w ciągu jednego roku kalendarzowego.” Natomiast w opisie załącznika nr 7, jak w objaśnieniach jego sporządzenia, taki wymóg nie występuje.

Z tych względów, Izba przyjęła wyjaśnienia wykonawcy Rafała Brzozy, iż popełnił on omyłkę w określeniu okresu średniorocznego zatrudnienia pracowników - za wiarygodne.

Jednocześnie, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że okres roczny należało w warunkach tego postępowania koniecznie odnosić do roku kalendarzowego. Zdaniem Izby, wskazany okres roczny należało odnieść do dowolnego okresu z zakresu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (14 grudnia 2011 r.), jak stanowi o tym § 1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia 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 w związku z art. 112 K. c., który nakazuje liczyć terminy oznaczone w latach z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu. Tak też rozumiał to wskazanie zamawiający – jako odnoszące się do 12 kolejnych miesięcy. W innym przypadku, naruszone zostałyby uprawnienia wykonawców, ubiegających się o zamówienie, którzy prowadzili działalność w okresie krótszym niż jeden rok, dopuszczanych z mocy przepisów powołanego wyżej rozporządzenia do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Nawet przy prowadzeniu działalności krócej niż jeden rok, możliwe jest wyliczenie tzw. wskaźnika średniorocznego zatrudnienia, co odwołujący przyznał.

Sprostowanie omyłki dotyczy treści oferty, jak mówi art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Natomiast wadliwy dokument, jaki przedstawił wykonawca Rafał Brzoza - był składany na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Stąd obowiązkiem zamawiającego, zarówno przed dokonaniem wyboru oferty, jak i ewentualnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania, było uprzednie zastosowanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwanie wykonawcy do uzupełnienia prawidłowego dokumentu. Wymieniony przepis zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy, który w określonym terminie złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia (...) o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc i potwierdzające spełnienie warunków udziału, zawierające błędy - do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Złożone dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału na dzień składania ofert.

W przekonaniu Izby, dokument przekazany samodzielnie przez wykonawcę, może co najwyżej być poczytywany za zdolność do uzupełnienia braku. Do oceny ofert, mogą być natomiast przyjmowane dokumenty zawarte w ofercie i prawidłowo uzupełnione na wezwanie zamawiającego. Z tych względów, Izba podzieliła stanowisko, że wykonawca Rafał Brzoza winien zostać wezwany do przedstawienia dokumentu „Oświadczenia na temat średniego rocznego zatrudnienia” (zał. nr 7), ze wskazaniem dlaczego zamawiający uznaje złożony w ofercie za wadliwy i jakiego dokumentu oczekuje w oparciu o ustanowione w SIWZ wymagania. Odwołujący, poza interpretacją wskazującą na wymagany okres roku kalendarzowego, nie podważał, że dokument ten w postaci załączonej do wyjaśnienia wykonawcy Rafała Brzozy, spełniałby wymagania, co stanowi dodatkowy argument

przemawiający za tym, że treść pierwotna zawierała omyłkę, gdyż nieracjonalnym byłoby składanie nieprawdziwych oświadczeń w sytuacji, gdy obiektywnie rzecz ujmując, kwestionowany wykonawca omawiany warunek spełniał. Dokument „Oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia” u wykonawcy usług z wykorzystaniem załącznika nr 7 podlega uzupełnieniu na wezwanie zamawiającego.

Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż wybór oferty wykonawcy bez formalnego uzupełnienia prawidłowego dokumentu na wykazanie spełnienia warunków udziału nie jest dozwolony. Jednocześnie zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez pominięcie jego zastosowania. Skoro ustawodawca dopuszcza w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnianie dokumentów zawierających błędy, oznacza to, że nie każdy wadliwy dokument, składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, kwalifikuje się jako podanie nieprawdziwych informacji – obligujących zamawiającego do bezwarunkowego wykluczenia wykonawcy z przetargu.

Zarzut, wadliwego oświadczenia wybranego wykonawcy Rafała Brzozy w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia,” według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ, w części dotyczącej kryterium oceny ofert, o zatrudnieniu Henryka B. na umowę o pracę, jako nie odpowiadającego prawdzie - znalazł potwierdzenie, skoro wymieniony okoliczność taką przyznał wprost w swoim wyjaśnieniu z dnia 21 grudnia 2011 r., tłumacząc to pomyłką, gdyż prawidłowo powinien oznaczyć łączący go stosunek prawny - jako umowę o dzieło. Izba uwzględniła argumentację zamawiającego, że popełnienie omyłki jest wiarygodne, gdyż w omawianym kryterium liczyło się dysponowanie potencjałem kadrowym zatrudnionym zarówno na umowę o pracę, jak i umowę zlecenia oraz umowę o dzieło. Odwołujący nie podnosił, że Henryk B. nie świadczy na rzecz wybranego wykonawcy usług na podstawie umowy o dzieło. Przesądzająca w tej kwestii, była okoliczność, że oferta wykonawcy Rafała Brzozy na część 7 zamówienia, jak zaświadcza powiadomienie o wynikach przetargu, otrzymała w danym kryterium ocenę „0” punktów. Zatem podanie informacji o zatrudnieniu Henryka B. na umowę o pracę, a nie na umowę o dzieło pozostawało bez wpływu na wybór tej oferty. Wykonawca musiał wykazać, że zatrudnia więcej niż 4 pilarzy i więcej niż 2 robotników - minimum, w celu otrzymania punktów, czego oferta Rafała Brzozy nie spełnia, gdyż wykazał 3 robotników i 2 pilarzy. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obligujący zamawiającego do wykluczenia wykonawcy za podanie nieprawdziwych informacji, stanowi, że dotyczy to wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że zarzut dotyczący niewypełnienia obowiązku wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - wezwania do uzupełnienia dokumentu „Oświadczenia dysponowania narzędziami i urządzeniami technicznymi przy realizacji zamówienia” w zakresie ciągnika rolniczego C-360 z przyczepą z adnotacją D - do dyspozycji wykonawcy, w szczególności dokumentu potwierdzającego oddanie sprzętu do dyspozycji wykonawcy Rafała Brzozy pozostaje bezzasadny. Do oferty bowiem dołączono dokument - oświadczenie o udostępnieniu potencjału przez Barbarę Król Motroicką, Dariusza Króla, w odniesieniu do udostępnienia ciągnika wraz z przyczepą, który wykonawca Usługi Leśne Rafał Brzoza mógł w zgodności z postanowieniami SIWZ podać w części I-ej „Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych,” według wzoru załącznika nr 5 dostępnych dla wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał jedynie oznaczenia nazwy i modelu sprzętu, nie wymagał zindywidualizowania, poprzez podanie numerów rejestracyjnych pojazdów, w tym ciągników. Stąd niedowiedzione pozostały twierdzenia odwołującego, że ciągnik rolniczy model C-360, wykazany w tzw. warunkach udziału, jak i w tzw. kryteriach - w omawianym wykazie, jest tożsamy. Odwołujący nie udowodnił, że wykonawca oprócz sprzętu udostępnionego, nie posiada również własnego ciągnika tego typu. Żaden z wykonawców nie wnosił odwołania na postanowienia specyfikacji, z żądaniem oznaczenia zindywidualizowanych cech sprzętu, przynajmniej w odniesieniu do pojazdów rejestrowanych. Odwołujący we własnej ofercie postąpił w ten sam sposób i w obydwu częściach formularza załącznika nr 5 wpisał ciągnik rolniczy C 360, tyle, że jako sprzęt własny.

Zamawiający na etapie oceny ofert nie może odstępować od ustalonych warunków i żądać danych nie opisanych w dokumentacji przetargowej, dotyczących udowadniania, iż Rafał Brzoza posiada własny ciągnik rolniczy z przyczepą C 360. W tym zakresie odwołujący nie stawiał zarzutów, że oświadczenia wykonawcy, Rafała Brzozy są nieprawdziwe, gdyż nie jest on właścicielem ciągnika C-360 z przyczepą.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż zarzuty naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez wadliwe zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na część 7 zamówienia,
 - 2) art. 24 ust. 4 ustawy, przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wybranego wykonawcy na część 7 zamówienia,
- jakkolwiek zasadne w związku z dokonaniem wyboru oferty Rafała Brzozy na część 7 zamówienia biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment wyboru tej oferty, to

jednocześnie są przedwczesne, jako stawiane mimo zaniechania przez zamawiającego wyczerpania trybu nakazanego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co odwołujący wprost przyznał.

Zarzut naruszenia:

3) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy przez wadliwe zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy i odrzucenia jego oferty na część 7 zamówienia, mimo złożenia nieprawdziwych informacji, w szczególności ich wpływu na wynik postępowania - nie został jednoznacznie dowiedziony. W ocenie Izby, kwestionowane informacje w zał. nr 4 nie miały wpływu na wynik postępowania.

Natomiast potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego:

4) art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Rafała Brzozy do uzupełnienia dokumentu dotyczącego „Oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia.”

5) oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez nie respektowanie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie i wyborze oferty, w następstwie naruszenia przepisów wskazanych powyżej.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów, stosownie do postanowień § 3 pkt 2b oraz § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

