

WYROK

z dnia 9 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie **7 września 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 sierpnia 2016 r.

przez wykonawcę: **Bomar Service sp. z o.o. z siedzibą Mysłowicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu w Nadleśnictwie Jawor* (nr postępowania ZG.270.26.2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Jawor**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – Bomar Service sp. z o.o. z siedzibą Mysłowicach i:**
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Bomar Service sp. z o.o. z siedzibą Mysłowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2.** zasądza od **odwołującego – Bomar Service sp. z o.o. z siedzibą Mysłowicach** na rzecz **zamawiającego – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe – Nadleśnictwa Jawor** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Legnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Jawor – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu w Nadleśnictwie Jawor* (nr postępowania ZG.270.26.2016).

Ogłoszenie tym o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S_080-142526 z 23 kwietnia 2016 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {<http://bip.lasy.gov.pl>}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

16 sierpnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną Odwołującego – Bomar Service sp. z o.o. z siedzibą Mysłowicach {dalej również: „Bomar”} – o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 pzp, a także o unieważnieniu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Biuro Obsługi Inwestycji E. O.-M. z Wrocławia, przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może jej zwiększyć.

25 sierpnia 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (datowane na 24 sierpnia 2016 r.) od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 – przez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo braku wystąpienia ustawowych przesłanek.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 5 – przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstaw prawnych i faktycznych dla dokonania tej czynności.
3. Art. 93 ust. 1 pkt 4 – przez unieważnienie postępowania pomimo braku do tego podstaw.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
3. Ponownego badania i oceny ofert oraz uznania, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz nie złożył nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a także dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty w szczególności podając następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

W pierwszej kolejności zrelacjonowano następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Zgodnie ze specyfikacją (rozdział VIII pkt 1.3) od wykonawców wymagano dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w szczególności 40 osobami pełniącymi funkcję pracownika fizycznego sapersa, prowadzącymi prace z zakresu oczyszczania terenu z materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, posiadającymi co najmniej roczne doświadczenie w wykonywaniu oczyszczenia saperskiego terenów leśnych oraz odpowiednie kwalifikacje. Za tereny leśne Zamawiający uznał wszystkie grunty stanowiące własność Skarbu Państwa zarządzane przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe oraz grunty innych własności stanowiące las w rozumieniu zapisów art. 3 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach.

W związku z wpływaniem do Zamawiającego wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, Zamawiający 16 maja 2016 roku udzielił odpowiedzi na zapytanie nr 3 i znajdujące się tam pytanie nr 2 o to, jakich dokumentów Zamawiający wymaga od wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia wymogu co najmniej rocznego doświadczenia w wykonywaniu oczyszczenia saperskiego terenów leśnych.

Zamawiający wyjaśnił: *W świetle obowiązujących przepisów Zamawiający nie może żądać na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia żadnych innych dokumentów. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykazany przez Wykonawcę w Załączniku nr 7 do SIWZ łączny okres zatrudnienia każdej z osób (wskazanych jako pełniące funkcję Pracownika fizycznego – sapersa) przy oczyszczaniu saperskim terenów leśnych, będzie równy lub większy niż 365 dni (w przypadku osób, dla których wymagane jest roczne doświadczenie), a w przypadku osób, dla których wymagano dłuższego doświadczenia – wielokrotność tego okresu.*

6 czerwca 2016 r. Odwołujący złożył ofertę wraz z wypełnionym załącznikiem nr 7 do

SIWZ w postaci wykazu osób, wskazując jako saperów pracowników fizycznych wykaz 51 osób {w odwołaniu zamieszczono tabelę 1 zawierającą imiona i nazwiska tych osób}.

22 czerwca 2016 roku Zamawiający, który powziął wątpliwość co do faktu rzeczywistego dysponowania przez Bomar osobami wskazanymi w wykazie osób, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dokumentów potwierdzających fakt dysponowania tymi osobami.

W odpowiedzi z 27 czerwca 2016 r. Odwołujący przedstawił zobowiązania 49 osób osobami {w odwołaniu zamieszczono tabelę 2 zawierającą imiona i nazwiska tych osób}, potwierdzając podstawę dysponowania tymi osobami. Lista tych osób różniła się w niewielkim stopniu w stosunku do wykazu załączonego do oferty.

Pismem z 30 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób w związku z poprzednio przedstawionymi wyjaśnieniami i dokumentami.

Pismem z 4 lipca Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wykaz osób obejmujący wszystkich pracowników fizycznych saperów, których zobowiązania przedstawił w ramach wyjaśnień z 27 czerwca 2016 r.

Zamawiający pismem z 12 lipca 2016 r. ponownie wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących uzupełnionego wykazu osób. Zamawiający ponownie powziął wątpliwość, czy Odwołujący spełnia wymagania w zakresie dysponowania potencjałem osobowym, gdyż w kolumnie wykazu dotyczącej doświadczenia w zakresie wykonywania oczyszczenia saperskiego terenów leśnych wskazano dla osób z poz. 1, 2, 6, 17, 19, 25, 48, 53 okres 06-2015 do 06-2016. Ponadto w odniesieniu do większości osób, które miały rozpocząć nabywanie doświadczenia w zakresie oczyszczania saperskiego terenów leśnych wcześniej, również wskazano zakończenie na 06-2016. Zdaniem Zamawiającego w czerwcu 2016 nie były realizowane żadne prace dotyczące oczyszczania saperskiego na terenach leśnych w żadnym z nadleśnictw.

W piśmie z 15 lipca 2016 r. Odwołujący w szczególności wyjaśnił, że informacje dotyczące doświadczenia w wykonywaniu prac saperskich na terenach leśnych i okres wykonywania tych prac, pochodzą bezpośrednio od osób zgłoszonych do pełnienia funkcji saperskich, którzy takie informacje podali w swoich kwestionariuszach osobowych. Według wiedzy Odwołującego wszystkie wskazane przez niego osoby były zatrudnione przy oczyszczaniu terenów leśnych ponad rok, jednak część z osób wskazała zapewne okres, w którym prace świadczyła całkowicie samodzielnie, bądź też niewłaściwie zrozumiała zapisy SIWZ w tym zakresie i chciała wskazać, że wykonywała te prace w ostatnim roku. Odwołujący podkreślił, że nawet w sytuacji zakwestionowania przez Zamawiającego spełnienia warunku rocznego doświadczenia w wykonywaniu oczyszczenia saperskiego terenów leśnych przez osoby, u których wskazano okres od 06-2015 do 06-2016, nadal

spełnia on warunek dysponowania 40 osobami pełniącymi funkcję saperów.

16 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż uznał, że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji. Zamawiający uznał, że Bomar wykazał spełnianie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jedynie w zakresie dysponowania 37 osobami pełniącymi funkcję pracownika fizycznego, podczas gdy wymagane było dysponowanie 40 osobami. Zamawiający zarzucił ponadto, że Odwołujący w złożonym wykazie osób zamieścił informacje nieprawdziwe, których treść mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Zamawiającego w odniesieniu do części osób wskazanych w wykazie osób z żadnego dokumentu nie wynikają informacje pozwalające na jednoznaczną ocenę spełniania przez saperów wszystkich warunków określonych w SIWZ.

W drugiej kolejności Odwołujący odniósł się do zarzutu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że ze złożonych Zamawiającemu dokumentów (uzupełnionego wykazu osób, zobowiązań oraz kwestionariuszy osobowych) wynika, że wykazał dysponowanie 49 pracownikami fizycznymi saperami posiadającymi roczne doświadczenie w wykonywaniu oczyszczenia saperskiego terenów leśnych.

Odnosnie interpretacji warunku określonego w specyfikacji, który był następnie przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego, Odwołujący zaznaczył, że już w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu wskazał, że okres zatrudnienia nie jest równoznaczny świadczeniu przez cały ten czas fizycznej pracy, co jego zdaniem potwierdził sam Zamawiający w odpowiedzi na pytanie. Fakt, że we wskazanych przez Odwołującego terminach nie toczyły się w nadleśnictwach prace polegające na oczyszczaniu, nie przesądza o tym, że saperzy nie mogli pozostawać w tym czasie w stosunku zatrudnienia przez podmioty, które świadczyły usługi uprzednio, chociażby tylko do wykonywania zobowiązań z tytułu rękojmi, lub podmioty zajmujące się oczyszczaniem terenów leśnych poza nadzorem Lasów Państwowych.

Odwołujący wskazał, że przygotowując ofertę, rozesłał do potencjalnie zainteresowanych osób w zobowiązania i kwestionariusze osobowe dotyczące potwierdzenia chęci podjęcia współpracy w ramach zamówienia publicznego i pełnienia funkcji pracownika fizycznego, prosząc m.in. o wypełnienie w kwestionariuszu pola dotyczącego ilości miesięcy doświadczenia w zakresie oczyszczania saperskiego terenów leśnych. W przypadku nieotrzymania wypełnionego kwestionariusza, telefonicznie ustalał z danym saperem, jakie

posiada on doświadczenie w oczyszczaniu terenów leśnych. Na podstawie tych informacji przedstawiono wraz z ofertą wykaz 51 saperów.

Odwołujący dodał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił posiadane przez siebie zobowiązania i kwestionariusze, potwierdzające dysponowanie osobami oraz posiadane przez saperów doświadczenie. Z uwagi na niedostanie oświadczeń przez kilka osób, zdecydował się zrezygnować z wskazywania ich jako potencjalnych pracowników fizycznych. Jednocześnie w tym czasie otrzymał deklaracje od kolejnych osób, które chciały wziąć udział w wykonaniu zamówienia. Na tej podstawie w ramach uzupełnienia przedstawiono aktualny wykaz osób.

Odwołujący wskazał również, że na początku saperzy nie wskazywali dokładnych dat, w jakich świadczyli usługi, potwierdzili jedynie jakie posiadają doświadczenie. Na tej podstawie Odwołujący się określił okresy w których saperzy nabyli doświadczenie w przedstawionym wykazie, przyjmując najbezpieczniejsze jego zdaniem założenie, że okresy te uległy zakończeniu w chwili składania ofert. Dopiero gdy Zamawiający zakwestionował doświadczenie saperów, Odwołujący pozyskał dokładne i szczegółowe informacje, potwierdzające daty, w których osoby realizowały prace polegające na oczyszczaniu terenów leśnych.

Odwołujący zaznaczył, że w SIWZ nie wymagano od wykonawców dysponowania pisemnymi oświadczeniami pracowników o chęci podjęcia współpracy z wykonawcą na dzień składania ofert ani przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadane przez te osoby doświadczenie. Odwołujący zadbał jednak o zgromadzenie takich zobowiązań, a finalnie wykazał dysponowanie 49 saperami, z których wszyscy przedstawili kwestionariusze potwierdzające posiadanie co najmniej rocznego doświadczenia w oczyszczaniu terenów leśnych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonując oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu powinien uwzględnić dane wynikających z uzupełnionego wykazu, zobowiązań oraz kwestionariuszy osobowych, czego nie uczynił, wbrew temu, co napisał w uzasadnieniu zawiadomienia o wykluczeniu.

Odwołujący podniósł, że z dokumentów tych wynika, co następuje:

Spośród 9 saperów, których okres doświadczenia został w uzupełnionym wykazie osób wskazany jako 06-2015 do 06-2016, w pozycji kwestionariusza dotyczącej doświadczenia w oczyszczaniu terenów leśnych:

- 5 określiło posiadane doświadczenie na przekraczające 12 miesięcy;
- 4 podało „tak” (Odwołujący dodał, że jak wynikało z ustaleń z saperami, w taki sposób oświadczyli oni, iż posiadają wymagane doświadczenie przekraczające okres 1 roku).

Zdaniem Odwołującego wykazał zatem na podstawie przedłożonych dokumentów, że tych 9

saperów posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Osoba z poz. 43 wykazu w kwestionariuszu oraz w wykazie osób (pozycja 43) omyłkowo wskazała okres posiadanego przez siebie doświadczenia, wpisując daty 10.2015-06.2016, zamiast 10.2014-06.2016. Odwołujący podał, że w piśmie z 22 lipca 2016 roku sprostował powyższą omyłkę pisarską.

Osoby z poz. 23 i 44 kwestionariusza dotyczącej doświadczenia w oczyszczaniu terenów leśnych również podali „tak”. Jak wynika z wykazu osób oraz z ustaleń z saperami, ich doświadczenie wynosiło 2 lata. Według Odwołującego saperzy wpisując w rubryce kwestionariusza dotyczącej doświadczenia słowo „tak” chcieli potwierdzić, że posiadają wymagane doświadczenie, przekraczające 1 rok.

Jednocześnie 5 z zakwestionowanych 9 saperów, tj. B.J., C.Ł., G.M., K.D., M.J., złożyło oświadczenia, w których wpisali daty i prace, jakie realizowali (oświadczenia załączone do odwołania).

W trzeciej kolejności Odwołujący odniósł się do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, które miały lub mogły mieć wpływ na jego wynik {przy czym część poniższej argumentacji w odwołaniu została zamieszczona przy poprzednim zarzucie}.

Odnośnie stwierdzenia przez Zamawiającego nieprawdziwych informacji na tej podstawie, że w 2016 r. nie były prowadzone prace w zakresie saperskiego oczyszczania terenów leśnych, Odwołujący powołał się na zaprezentowaną powyżej wykładnię warunku.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający sam w informacji o wykluczeniu podał, że w marcu, kwietniu oraz maju 2016 były realizowane prace w nadleśnictwach. Dodatkowo Odwołujący się podniósł, że:

- w lutym w Nadleśnictwie w Bolesławcu były prowadzone prace naprawcze w zakresie oczyszczania terenów leśnych z przedmiotów wybuchowych, w związku z realizacją zobowiązań wynikających z gwarancji należytego wykonania umowy, a wcześniej w styczniu prowadzona była w tym Nadleśnictwie rekontrola;
- w lutym prowadzone były prace na terenie Nadleśnictwa Złotoryja,
- prace naprawcze były wykonywane w 2016 r. także w Nadleśnictwie Chocianów.

Odwołujący wywiódł z powyższego, że nie jest zatem prawdą jakoby w żadnym z nadleśnictw nie były wykonywane prace polegające na oczyszczaniu terenów leśnych w 2016 r., a saperzy, wobec których wskazany został okres doświadczenia 06-2015 do 06-2016 nie mogli nabywać doświadczenia przy pracach w 2016 r.

Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że przy wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp:

– Konieczne jest stwierdzenie, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, co stanowiło poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Konieczne jest także ustalenie i wykazanie, że wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa (tak KIO 1731/15 oraz KIO 974/15).

– Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy wykazać i udowodnić (tak KIO 526/15).

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie wykazał żadnej z tych przesłanek. Odwołujący podniósł, że nie przedstawił nieprawdziwych informacji, działał z należytą starannością, a ewentualne zakwestionowanie doświadczenia saperów lub podania informacji w wykazie osób w tym przedmiocie nie miałyby wpływu na wynik postępowania, gdyż dysponował wymaganymi 40 osobami na to stanowisko.

Według Odwołującego nie sposób przypisać mu winy ani niedbalstwa w podejmowanych przez niego działaniach czy chęci wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Zachowanie polegające na pozyskaniu dodatkowych dokumentów, niewymaganych przez zapisy SIWZ, świadczy o ostrożności i rozwadze Odwołującego.

Odwołujący podkreślił także, że w chwili składania oferty posiadał informacje o tym, że wszystkie wskazane przez niego osoby były zatrudnione przy oczyszczaniu terenów leśnych ponad rok. Informacje te uzyskał od saperów wskazanych w uzupełnionym wykazie, posiadając jako podstawę dokumenty w postaci kwestionariuszy osobowych.

Według Odwołującego nie był zobowiązany, a wręcz nie był w stanie zbadać, czy informacje podane w kwestionariuszach osobowych były prawdziwe. Każdy z saperów złożył oświadczenie w tym zakresie i były to jedyne działania, jakie mógł podjąć Odwołujący w celu wykazania faktu dysponowania osobami posiadającymi wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Zwłaszcza w kontekście, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie do SIWZ o to, jakich dokumentów wymaga od wykonawcy dla wykazania dysponowania osobami posiadającymi doświadczenie, uznał, że *w świetle obowiązujących przepisów Zamawiający nie może żądać na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia żadnych innych dokumentów.*

Dla Odwołującego się doświadczenie wykazywane w 2016 r. było jak najbardziej realne, gdyż wedle jego wiedzy prace oczyszczania terenów leśnych były wykonywane w tym roku. Jednocześnie Odwołujący się nie miał żadnej możliwości weryfikacji złożonych oświadczeń w zakresie doświadczenia, stuprocentowa weryfikacja mogłaby zostać

przeprowadzona wyłącznie poprzez zażądanie wglądu do rachunku bankowego tych osób celem potwierdzenia od kogo, kiedy i za jaki okres otrzymywali wynagrodzenie, co w realiach gospodarczych jest niedorzecznością. Odwołujący miał pełne przekonanie, że osoby wskazane w wykazie, potwierdzając iż posiadają wymagane zapisami SIWZ doświadczenie, oświadczały prawdę gdyż były one znane jako osoby stale współpracujące z podmiotami wykonującymi zamówienia oczyszczania saperskiego terenów leśnych. Stąd Odwołujący polegał wyłącznie na oświadczeniach osób, które wskazał w wykazie.

7 września 2015 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, uzasadniając swoje stanowisko.

W szczególności Zamawiający wskazał, że dla dochowania należytej staranności, pomimo oczywistej sprzeczności pomiędzy wykazem osób a ustalonym stanem faktycznym odnośnie doświadczenia osób wskazanych w uzupełnionym wykazie na stanowisko pracownika fizycznego sapersa, dla potrzeb oceny spełniania warunku wziął pod uwagę zarówno treść wykazu osób, jak i udzielonych wyjaśnień oraz załączonych do nich zobowiązań i ankiet saperów, przyjmując następujące zasady.

Uwzględniono wszystkie dokumenty, z których wynikały jednoznaczne informacje na temat doświadczenia oraz dostępności zasobu kadrowego, biorąc pod uwagę wszelkie przedstawionych przez Odwołującego informacji, które mogły mieć wpływ na pozytywną ocenę spełniania warunku, nawet jeżeli nie wynikały z wykazu osób lub były sprzeczne z wykazem osób:

- uwzględniono zobowiązania osób bez daty – jeżeli osoba była wskazana w pierwotnym wykazie;
- pozytywnie zweryfikowano osoby, jeśli w zobowiązaniu sapersa zawarto informację na temat doświadczenia w lasach np. 3-letniego, nawet jeżeli w wykazie wskazano okres prac nierealny;
- w przypadku zobowiązań podpisanych po upływie terminu składania ofert nie można było uznać za wiarygodne, że wykonawca w dacie składania ofert daną osobą dysponował, chyba, że byli wskazani w pierwotnym wykazie;
- nie uwzględniono informacji wynikających ze zobowiązań, gdzie w załączonej ankiecie dotyczącej danych osobowych w wierszu „Doświadczenie w Polsce przy pracach w lesie (w miesiącach)” nie został wskazany okres pracy (chyba że wiarygodny okres doświadczenia wynikał z wykazu);
- w powyższym przypadku nie uwzględniono również osób, które miały zakończyć prace w czerwcu 2016 r., nawet jeżeli w wykazie po pominięciu tego roku pozostawał okres dłuższy

niż rok, gdyż nie było podstaw do domniemywania, kiedy prace zostały zakończone, skoro data końcowa nie była prawdziwa.

26 sierpnia 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

29 sierpnia 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Biuro Obsługi Inwestycji E. O.-M. z Wrocławia {dalej również: „BOI”} zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący oświadczył, że ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego, który uznał ofertę BOI za najkorzystniejszą, gdyż ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany decyzji Zamawiającego.

Izba uwzględniała jako zasadną opozycję zgłoszoną przez Odwołującego, który wskazał na fakt unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż cena oferty BOI ponad dwukrotnie przekraczała kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, a Zamawiający nie mógł jej zwiększyć. Odwołujący trafnie zauważył, że rozstrzygnięcie korzystne dla Zamawiającego prowadzi do utrzymania stanu nieważności postępowania, co nie jest korzystne dla Przystępującego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono odmiennych wniosków

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę, która według kryteriów oceny oferty byłaby najkorzystniejsza, gdyby nie został wykluczony. Jednocześnie czynność ta, od której Odwołujący się odwołał naraża go na szkodę polegającą na nieuzyskaniu odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć,

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania:

O udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali w szczególności warunek dotyczący dysponowania czterdziestoma osobami pełniącymi funkcję pracownika fizycznego saperskiego, prowadzącymi prace z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym ich niszczenia przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, posiadającymi w szczególności co najmniej roczne doświadczenie w wykonywaniu oczyszczania saperskiego terenów leśnych (zdefiniowanych, jak to zrelacjonowano powyżej w odwołaniu) {por. pkt 1.3.1 z rozdziału VIII s.i.w.z.}

Na potwierdzenie spełniania warunku w powyższym zakresie od wykonawców, poza oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wymagano złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności wraz z informacjami na temat ich doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do s.i.w.z. {por. pkt 2.2 rozdziału IX s.i.w.z.}

Izba stwierdziła, że Zamawiający w ramach wyjaśnień treści s.i.w.z. nie zmienił wymagania, aby osoby zgłaszane do pełnienia funkcji pracownika fizycznego saperskiego, prowadzącego prace z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym ich niszczenia przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, posiadały co najmniej roczne doświadczenie w wykonywaniu oczyszczania saperskiego terenów leśnych.

Wyjaśnienia zostały udzielone, gdyż wykonawca zwrócił się o wskazanie jakich dokumentów Zamawiający wymaga od wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania wymogu posiadania rocznego doświadczenia w wykonywaniu oczyszczania saperskiego.

Zamawiający w odpowiedzi wskazał w szczególności na dokument opisany w rozdziale IX pkt 2.2 specyfikacji, czyli wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, o których mowa w warunku opisanym w rozdziale VIII ppkt 1.3.1-1.3.3 wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do s.i.w.z.

Zamawiający wyjaśnił, że:

- informacje niezbędne dla oceny spełniania tego warunku należy umieścić w tym wykazie, dodając, że w świetle obowiązujących przepisów nie może żądać na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia żadnych innych dokumentów;
- uzna warunek za spełniony, jeżeli wykazany w wypełnionym wykazie łączny okres zatrudnienia każdej z osób wskazanej do pełnienia funkcji pracownika fizycznego sapera przy oczyszczaniu saperskim terenów leśnych, będzie równy lub większy niż 365 dni.

Ponadto Zamawiający poinformował, że w celu doprecyzowania zmienia treść Załącznika nr 7 do SIWZ. Przy czym w pierwotnej zamieszczonej w załączniku nr 7 tabeli nr1 dotyczącej osób pełniących funkcję kierownika prac saperskich oraz pracowników fizycznych saperów (warunki z rozdziału VIII ppkt 1.3.1 i 1.3.2 SIWZ) opis 4 kolumny wskazywał, że jest przeznaczona na wpisanie doświadczenia w zakresie nadzoru nad prowadzeniem prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych. Po dokonanej zmianie w tabeli nr 1 dodano dwie kolumny, w tym kolumnę 6 przeznaczoną zgodnie z jej opisem na potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia przez pracowników fizycznych saperów w zakresie wykonywania oczyszczania saperskiego terenów leśnych (rozdział VIII ppkt 1.3.1 SIWZ) w systemie od mm-rrrr do mm-rrrrr.

Reasumując, pytanie wykonawcy wywołane było zatem brakiem w pierwotnie przygotowanym wzorze wykazu miejsca na wykazanie doświadczenia saperów, a nie wątpliwością co do rozumienia warunku. Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach potwierdził i sprecyzował, jak należy potwierdzić spełnianie warunku w odniesieniu do wymaganego okresu doświadczenia przy wykonywaniu oczyszczania saperskiego na terenach leśnych.

W wezwaniu z 22 czerwca 2016 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 pzp wezwał Bomar do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wykazu osób, wskazując, że w związku z licznymi wnioskami osób wskazanych w wykazie o udzielenie informacji, czy i jakie ich dane osobowe w nim widnieją, powziął wątpliwość co do rzeczywistego dysponowania przez

Bomar tymi osobami. Zamawiający zwrócił się w szczególności o udzielenie wyjaśnień i przedstawienie dokumentów potwierdzających fakt dysponowania osobami wskazanymi w wykazie.

W piśmie z 27 czerwca 2016 r. Bomar wskazał, że załącza dokumenty potwierdzające fakt dysponowania osobami wskazanymi w wykazie w postaci ich pisemnych zobowiązań. Wyjaśnił, że przed złożeniem oferty podjął działania mające na celu ustalenie wykazu osób, które podejmą się współpracy, a po uzyskaniu potwierdzenia ze strony tych osób, przedstawił im wzór zobowiązania, które miały podpisać. Zaznaczył, że choć nie wszystkie osoby, które początkowo zadeklarowały chęć współpracy, podpisały zobowiązania, spełnia wymagania określone w s.i.w.z.

Do wyjaśnień załączono podpisane przez poszczególne osoby dokumenty zobowiązań do współpracy do końca 2016 r. z Bomar, które odnośnie informacji na temat doświadczenia ode do „Ankiety dotycząca danych osobowych”, która zawierała rubrykę opisaną *Doświadczenie w Polce przy pracach w lesie (w miesiącach)*.

Pismem z 30 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia m.in. wykazu osób, gdyż stwierdził, że złożone 27 czerwca 2016 r. wyjaśnienia oraz załączone do nich dokumenty wskazują, że Bomar będzie dysponował zespołem o odmiennym składzie osobowym niż wskazany w wykazie złożonym wraz z ofertą.

Pismem z 4 lipca 2016 r. Bomar uzupełnił wykaz osób przez wskazanie osób, dla których uprzednio załączył do wyjaśnień dokumenty zobowiązań.

W wezwaniu z 12 lipca 2016 r. Zamawiający wskazał że jednym z kluczowych elementów w zakresie oceny dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisku pracownika fizycznego był element posiadania rocznego doświadczenia w wykonywaniu oczyszczania saperskiego terenów leśnych.

Zamawiający stwierdził w uzupełnionym wykazie w kolumnie dotyczącej doświadczenia, że dla poz. 1, 2, 6, 17, 19, 25, 48 i 53 wskazano okres 06-2015 do 06-2016, a w odniesieniu do większości osób, które miały rozpocząć nabywanie doświadczenia wcześniej – zakończenie określono na 06-2016.

Zamawiający zwrócił uwagę, że ponieważ termin składania ofert upłynął 7 czerwca 2016 r., dla weryfikacji rocznego doświadczenia osób w pierwszym z powyższych przypadków ustalenie faktycznej daty rozpoczęcia wykonywania ma kluczowe znaczenie. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że w odniesieniu do pozostałych osób nie ma podstaw, aby samodzielnie ustalić datę końcową ani stosować w tym zakresie jakiegokolwiek domniemania.

Ponieważ według wiedzy Zamawiającego żadne prace w zakresie oczyszczania terenów w lasach nie były wykonywane w czerwcu 2016 r., Zamawiający wezwał do złożenia

wyjaśnień przez jednoznaczne wskazanie w odniesieniu do wszystkich osób, dla których jako datę końcową wskazano 06-2016, zadań w jakich wykonywały prace w zakresie oczyszczania terenów w lasach, z wyszczególnieniem dat rozpoczęcia i zakończenia, a także wskazania nadleśnictwa, w którym prace te były wykonywane.

W piśmie 15 lipca 2016 r. Bomar wyjaśnił, że informacje dotyczące doświadczenia w wykonywaniu prac saperskich na terenach leśnych i okres wykonywania tych prac, pochodzą bezpośrednio od osób zgłoszonych do pełnienia funkcji saperskich, które tak wypełniły swoje kwestionariusze osobowe. Wskazana data 06-2016 zakończenia prac leśnych nie oznacza, że osoby wykonywały czynności w czerwcu, a jedynie, że były zatrudnione przy takich pracach do tego miesiąca, czyli osoby te mogły je wykonywać do końca maja 2016 r. W związku z tym saperzy zatrudnieni przy oczyszczaniu terenów leśnych w okresie od czerwca 2015 r. do maja 2016 r. spełniają wymóg posiadania minimum rocznego doświadczenia, gdyż łączny okres ich zatrudnienia wynosił równo 12 miesięcy, czyli 365 dni.

Następnie Bomar powołał się na wyjaśnienia treści s.i.w.z. udzielone przez Zamawiającego 16 maja 2016 r. w odpowiedzi na pytanie nr 2 z zapytania nr 3, stwierdzając, że Zamawiający nie ma żadnych podstaw do żądania przedłożenia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnianie przez osoby wskazane w wykazie wymogów dotyczących doświadczenia.

Niezależnie od powyższego Bomar zwrócił uwagę, że nawet bez brania pod uwagę 8 osób ze wskazanym okresem od 06-2015 do 06-2016 nadal spełnia warunek, bo wykaz obejmował 49.

Bomar powołał się na swoją wiedzę, że wszystkie osoby były zatrudnione przy oczyszczaniu terenów leśnych ponad rok. Jednocześnie wyraził przypuszczenie, że część z nich wskazała okres, w którym prace świadczyli całkowicie samodzielnie, bądź też niewłaściwie zrozumiała zapisy SIWZ w tym zakresie i chciała wskazać, że wykonywała te prace w ostatnim roku.

W ostatniej części wyjaśnień Bomar zaznaczył, że okres zatrudnienia nie jest równoznaczny świadczeniu przez cały ten czas fizycznej pracy, gdyż w wielu zamówieniach miesiące zimowe są wyłączone z prowadzenia prac, stąd pracownik może być zatrudniony, a faktycznie pracy nie prowadzi, gdyż nie może. Ponadto fakt, że w czerwcu nie toczyły się prace w żadnym nadleśnictwie nie przesądza, że saperzy nie mogli pozostawać w tym czasie w stosunku zatrudnienia przez podmioty, które świadczyły usługi uprzednio, chociażby do wykonywania zobowiązań z tytułu rękojmi.

W piśmie z 22 lipca 2016 r. Bomar powtórzył powyższą argumentację, wyrażając ocenę, że wątpliwości zgłoszone przez Zamawiającego wynikają wyłącznie z ewentualnych

omyłek pisarskich, ale przede wszystkim z niewłaściwego sformułowania przez Zamawiającego treści załącznika nr 7 oraz zapisów s.i.w.z. Nawiązując ponownie do udzielonych wyjaśnień treści s.i.w.z., dodał, że zatrudnienie nie musi dotyczyć wyłącznie terenów stanowiących własność Skarbu Państwa. Zaznaczył, że ponieważ poszczególni pracownicy fizyczni przedstawili kwestionariusze osobowe, podał w załączniku okresy, za które posiada potwierdzenie wymaganego doświadczenia, co było zgodne z treścią załącznika nr 7. *Jednocześnie, sami pracownicy w kwestionariuszach wzięli pod uwagę okresy, w których pozostawali we współpracy z wykonawcami w celu realizacji prac wynikających z rękojmi.*

Zamawiający uzyskał informacje, że Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych, że wszelkie prace saperskie związane z realizowanym przez tę jednostkę projektem zostały zakończone w 2015 r. Jednocześnie z wszystkich 17 regionalnych dyrekcji Lasów Państwowych uzyskał informacje, że na terenie podległych im nadleśnictw nie były prowadzone prace rozpoznania i oczyszczania saperskiego, z niewielkimi wyjątkami, o których poniżej.

W tych okolicznościach, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z art. 26 ust. 2a pzp wynika, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. W art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp określono w szczególności, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przy czym z łącznie z art. 22 ust. 3 pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 pzp wynika, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według art. 36 ust. 1 pkt 6 pzp w tym ostatnim dokumencie należy również zamieścić wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 25 ust. 1 zd. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z § 1 ust. 1 pkt 7 wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) wynika, że w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający może żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami.

Zamawiający, postępując zgodnie z przywołanymi powyżej przepisami, określił w szczególności, że od wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wymaga dysponowania co najmniej czterdziestoma pracownikami fizycznymi saperami do prowadzenia prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym ich niszczenia przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, przy czym każda z tych osób miała w szczególności posiadać co najmniej roczne doświadczenie w wykonywaniu oczyszczania saperskiego terenów leśnych. W celu potwierdzenia spełniania warunku w tym zakresie Zamawiający zażądał, oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, złożenia wykazu tych osób, w tym podania dla każdej osoby informacji na temat jej kwalifikacji według przygotowanego druku, w którym przewidziano w szczególności miejsce na podanie imienia i nazwiska danej osoby oraz potwierdzenie posiadania przez nią wymaganego doświadczenia w zakresie wykonywania oczyszczania saperskiego terenów leśnych, przez wpisanie dat rozpoczęcia i zakończenia (z dokładnością do miesiąca). Przy czym dla wykazania wymaganego okresu doświadczenia konieczne było, aby łącznie okresy wykonywania przez daną osobę oczyszczania saperskiego terenów leśnych dawały okres zatrudnienia równy lub większy niż 365 dni. Warto zauważyć, że oczekiwanie wskazania okresów, w których nastąpiło nabycie przez osoby wymaganego doświadczenia nie jest bez znaczenia, gdyż służyć uwiarygodnieniu oświadczenia, a także może być istotne przy jego weryfikacji.

Izba zważyła, że ponieważ Bomar nie był w stanie w sposób jednoznacznie wykazać w powyższy sposób dysponowanie 40 saperami z rocznym doświadczeniem w wykonywaniu oczyszczania saperskiego terenów leśnych, choć był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia i wyjaśnienia wykazu osób, prawidłowo został przez Zamawiającego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Składając zarówno pierwotny, jak i uzupełniony wykaz, Odwołujący nie dysponował informacjami dotyczącymi okresów, w których poszczególne osoby były zatrudnione przy wykonywaniu oczyszczania saperskiego terenów leśnych, co *de facto* przyznał w odwołaniu, skoro zbierał od osób dane tylko co do łącznej długości doświadczenia, a wykaz w tym

zakresie uzupełnił według przyjętego przez siebie założenia, że osoby nabywały je w sposób ciągły aż do upływu terminu składania ofert. Zatem pomimo że od początku w postępowaniu wymagano podania konkretnych okresów nabycia wymaganego doświadczenia, Odwołujący świadomie wpisał w wykazie dane abstrahujące od faktów, których nie znał, choć mógł i powinien, skoro zdecydował się ubiegać o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Dopiero gdy Zamawiający wychwytał, że założenie uznane przez Odwołującego za najbezpieczniejsze dla niego, nie może odpowiadać rzeczywistemu stanowi rzeczy, Odwołujący przystąpił do ustalania faktycznych okresów doświadczenia, co udało mu się w odniesieniu do zaledwie trzech osób, których oświadczenia w tym zakresie (datowane na 15 lub 17 lipca 2016 r.) załączył do swoich wyjaśnień (datowanych na 15 lipca 2016 r.). Dodatkowo składając te wyjaśnienia, Odwołujący nie przyznał się Zamawiającemu, że wpisał w wykazie okresy według dowolnie przyjętego przez siebie założenia, zamiast tego dywagując, że może osoby wskazane w wykazie niewłaściwie zrozumiwały SIWZ, stąd chciały wskazać na wykonywanie prace w bieżącym roku. Tymczasem akurat spośród tych trzech osób pierwotnie w ankietach dwie określiły swoje doświadczenie przy pracach w lesie na 12 miesięcy, a jedna na 3 lata, co czyniło takie wyjaśnienia zupełnie niewiarygodnymi.

Przede wszystkim nie sposób uznać, że Bomar wykazał spełnianie warunku opisanego w treści ogłoszenia i specyfikacji w sytuacji, skoro wykazanie opiera się na bezpodstawnym przyjęciu przez niego, że wymagane doświadczenie w wykonywaniu oczyszczania saperskiego terenów leśnych można nabywać również przez samo pozostawanie w stosunku zatrudnienia przez podmioty, które świadczyły uprzednio takie usługi, w gotowości do wykonywania ewentualnych zobowiązań z tytułu rękojmi lub gwarancji, względnie w okresie miesięcy zimowych, w których wyłączone jest prowadzenie takich prac. Taką wykładnię warunku Odwołujący zaczął forsować w ostatnich wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu (złożonych 15 i 22 lipca 2016 r.), a następnie podtrzymał w odwołaniu i na rozprawie. Co więcej, z treści składanych wyjaśnień wynikało, że Odwołujący zakłada zaistnienie takiej możliwości co najmniej w stosunku do wszystkich osób co do których nie załączył dodatkowych dokumentów wskazujących na miejsce i okresy nabycia doświadczenia. Nawet na tym etapie Odwołujący nie miał zatem wiedzy w wymaganym według s.i.w.z. zakresie co do sposobu potwierdzenia spełniania warunku. Stanowisko Odwołującego nie jest przy tym wiarygodne, gdyż uprzednio nie zgłaszał Zamawiającemu wątpliwości co do rozumienia treści warunku, a odmienną interpretację zaczął dopiero forsować, gdy okazało się, że nie jest w stanie wykazać spełnianie warunku opisanego w s.i.w.z. w określony tam sposób.

Nawet gdyby przyjąć, że interpretacja taka nie dotyczy wskazanych w wykazie osób, dla których Odwołujący przedstawił ich oświadczenia zawierające wskazanie nadleśnictw

i okresów wykonywania prac, umożliwia to ewentualnie weryfikację faktycznego doświadczenia tylko 5 spośród 49 saperów wymienionych w wykazie (oprócz przesłanych Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami 15 lipca 2016 r., do odwołania załączono 5 niedatowanych oświadczeń, w tym 3 dotyczące innych niż poprzednio osób, z tym że dla jednej z tych osób wskazano tylko rok). Odwołujący nie może zasłaniać się niezrozumieniem warunku przez osoby, które zobowiązały się do współpracy z nim przy realizacji zamówienia, gdyż jako wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia odpowiada za rzetelność oświadczeń, które składa we własnym imieniu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Oświadczeniem tym, poza ogólnym oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, jest wykaz osób sporządzony przez Odwołującego i to z niego powinno jednoznacznie wynikać potwierdzenie dysponowania osobami o wymaganym doświadczeniu. W szczególności wyjaśnienia składane w trybie art. 26 ust. 4 pzp w odniesieniu do wykazu, który był już uzupełniany w trybie art. 26 ust. 3 pzp, mogą jedynie służyć rozwianiu wątpliwości co do tej treści, co nie może prowadzić do zmiany tej treści. Tymczasem spośród osób, które według oświadczenia zawartego w wykazie miały nabyć wymagane doświadczenie od maja 2015 r. do czerwca 2015 r., tylko jedna z tych osób oświadczyła, że wykonywała prace w lutym i marcu 2016 r. w Nadleśnictwie Złotoryja. Przy czym z „Porozumienia nr 1/2016” z 4 lutego 2016 r. załączonego do odwołania wynika, że faktycznie w ramach gwarancji jakości prace na terenie tego nadleśnictwa były wykonywane tylko od 5 do 22 lutego 2016 r. Tym bardziej wykazywanie spełnienia warunku w odpowiedni sposób nie może się rozpoczynać dopiero na etapie postępowania odwoławczego, w tym wynikać z dokumentów, które Zamawiający uzyskał we własnym zakresie. Stąd nie mogło być również wzięte pod uwagę, że załączonych do odwołania dokumentów dotyczących realizacji prac w ramach gwarancji jakości na terenie Nadleśnictwa Bolesławiec w ramach „Porozumienia nr 1/2016” z 5 lutego 2016 r. wynika, że dwie osoby, które pojawiły się w uzupełnionym wykazie, w nich uczestniczyły, aczkolwiek w okresie od 5 do 10 lutego 2016 r. (z dokumentów związanych z „Porozumieniem nr 2/2016” z 9 lutego 2016 r. nie wynika, jakie osoby uczestniczyły w pracach) Dodatkowo Zamawiającemu udało się ustalić, że te same dwie osoby uczestniczyły w pracach saperskich na terenie tego nadleśnictwa w okresie od 10 do 16 marca 2016 r., a 6 innych osób z uzupełnionego wykazu w dniach 30-31 stycznia 2016 r. Ponadto tych 6 osób oraz osoba, dla której w odwołaniu wnioskowano o przeprowadzenie dowodu, miały uczestniczyć od 25 do 29 stycznia 2016 r. w pracach saperskich na terenie Nadleśnictwa Złotoryja (pisma z 5 września 2016 r. złożone na rozprawie). Dokumenty te potwierdzają wykonywanie prac w 2016 r. w znacznie krótszych okresach niż wskazane w wykazie, w tym w okresach, o których Odwołujący nie miał pojęcia

składając oświadczenie według przyjętego przez siebie założenia. Reasumując, zgromadzone w sprawie dowody nie potwierdzają rzetelności oświadczenia dotyczącego doświadczenia osób, które złożył Odwołujący w wykazie.

Z uwagi na powyższe, w szczególności biorąc pod uwagę, że przedmiotem wykazanie przez Odwołującego nie był warunek o treści określonej w s.i.w.z., dla rozstrzygnięcia sprawy nie miało znaczenia, które 37 osób Zamawiający ostatecznie pozytywnie zweryfikował. Przy tak zasadniczej rozbieżności zbędne było wdawanie się w prowadzenie szczegółowego badania, skoro dla co najmniej 46 osób nie wiadomo, czy w ramach wskazanego w wykazie okresu doświadczenia nie brano pod uwagę okresów innych niż związane z faktycznym zatrudnieniem przy wykonywaniu saperskiego oczyszczania lasów. Ponadto nie było podstaw, aby ustalać okresy doświadczenia na podstawie innych dokumentów niż wykaz złożony przez Odwołującego, w szczególności jeżeli z innych dokumentów wynikały informacje rozbieżne z treścią wykazu.

Zgodnie z 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 art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynika zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nie ustala jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w przypadku informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego również na gruncie wskazanego przepisu ustawy pzp adekwatny jest {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane*

jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp obejmuje takie nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w aktualnie obowiązującym brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje również nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty, takie nieprawdziwe informacje, co najwyżej, mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Reasumując, w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik.

Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Porównanie z pierwszą przesłanką art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp prowadzi do wniosku, że hipoteza przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła dotychczas większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego.

Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach 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. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

W ocenie składu orzekającego Izby o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęży postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Izba wzięta pod uwagę stanowisko jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż *pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia”*

odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego...{por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Zdaniem składu orzekającego Izby co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się, że wina, o której mowa w obu tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna być interpretowana w taki sam sposób.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od

właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W ocenie Izby Odwoławczy przy wykazywaniu spełniania warunku dotyczącego dysponowania saperami dopuścił się rażącego niedbalstwa, przedstawiając w uzupełnianym już wykazie osób nieprawdziwe informacje co do okresu, w którym poszczególne osoby nabyły wymagane doświadczenie, a następnie składając wymijające, enigmatyczne i niejednoznaczne wyjaśnienia, co niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, gdyż faktycznie uniemożliwiło Zamawiającemu przeprowadzenie oceny w tym zakresie. Jak już powyżej wskazano, Odwoławczy jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie może zasłaniać się niezrozumieniem treści warunku przez inne osoby, które wskazał w wykazie, gdyż to jego obowiązkiem, pod rygorem wykluczenia z postępowania, było zgromadzenie wymaganego potencjału osobowego, w tym zadbanie o uzyskanie i zweryfikowanie informacji, które są wymagane w ramach obowiązującego w postępowaniu sposobu oceny spełniania warunku.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 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) – obciążając Odwoławczego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika

we wnioskowanej wysokości, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: