

WYROK
z dnia 23 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: DOMTOM plus sp. z o.o., ul. Chocianowicka 20A, 93-460 Łódź, Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane sp. z o.o., ul. Zakrzewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Warmetech Z.P., ul. Horacego Safrina 6a, 91-177 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Veolia Energia Łódź S.A., ul. J. Andrzejewskiej 5, 92-550 Łódź

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 448/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 3, nakazuje Zamawiającemu wykluczenie Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm sp. z o.o. z przedmiotowego przetargu w zakresie zadania nr 3, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 3

2. kosztami postępowania obciąża Veolia Energia Łódź S.A., ul. J. Andrzejewskiej 5, 92-550 Łódź i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: DOMTOM plus sp. z o.o., ul.

Chocianowicka 20A, 93-460 Łódź, Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane sp. z o.o., ul. Zakrzewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Warmetech Z.P., ul. Horacego Safrina 6a, 91-177 Łódź tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Veolia Energia Łódź S.A., ul. J. Andrzejewskiej 5, 92-550 Łódź na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: DOMTOM plus sp. z o.o., ul. Chocianowicka 20A, 93-460 Łódź, Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane sp. z o.o., ul. Zakrzewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Warmetech Z.P., ul. Horacego Safrina 6a, 91-177 Łódź kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Łodzi.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Veolia Energia Łódź S.A., ul. J. Andrzejewskiej 5, 92-550 Łódź wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę sieci ciepłowniczej w Łodzi w celu ograniczenia emisji CO₂ i poprawy efektywności energetycznej - Etap 1 w podziale na 7 zadań nr MZ/JA/5324/17 dotyczące zadania 3: modernizacja wodnej sieci ciepłowniczej od K-4116 os. Widzew Wschód „EF” wraz z przyłączami - etap 1 od K-4116 do K-4 wraz z przyłączami.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 185-378317.

Zamawiający w dniu 27.02.2018 zawiadomił Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: DOMTOM plus sp. z o.o., ul. Chocianowska 20A, 93-460 Łódź, Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane sp. z o.o., ul. Zakrzewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Warmetech Z.P., ul. Horacego Safrina 6a, 91-177 Łódź o wyborze najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm sp. z o.o., która uzyskała 100 punktów. Oferta Odwołującego uzyskała 93,85 punktów.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 9 marca 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez wybranie oferty w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych.

2. naruszenie art. 22a ust. 2 i 3, 4 ustawy Pzp poprzez błędne ich zastosowanie i niewłaściwą ocenę oferty skutkującą uznaniem, że wykonawca Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o. udowodniło fakt dysponowania zasobami osobowymi, w sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów na tą okoliczność.

3. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o. do wyjaśnienia wątpliwości i przedłożenia dokumentów potwierdzających fakt dysponowania osobą G.Z. - geodety który będzie współrealizował zamówienie.

4. naruszenie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie wykonawcy do zastąpienia osoby G.Z. innym podmiotem albo do osobistego wykonania

odpowiedniej części zamówienia, w sytuacji, gdy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o. nie udowodniło faktu dysponowania tą osobą

5. naruszenie art. 24 pkt. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o. złożyło świadomie celowe nieprawdziwe oświadczenie o dysponowaniu osobą G.Z. i w konsekwencji niewykluczenie tego wykonawcy z postępowania ewentualnie naruszenie art. 24 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o. w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności złożyło nieprawdziwe oświadczenie o dysponowaniu osobą G.Z. i w konsekwencji niewykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

6. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp oraz pkt. pkt. IX SIWZ ust. 1.2.2.3.2 przez wybór oferty Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm sp. z o.o., mimo iż oferent nie wykazał w swej ofercie, iż spełnia wymogi SIWZ w zakresie dysponowania osobą geodety.

Mając na uwadze powyższe uchybienia wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w części dotyczącej zadania 3 przedmiotowego zamówienia,
- 2) wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 pkt 16 lub pkt 17 pzp Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm sp. z o.o. ,
- 3) przeprowadzenia ponownej oceny złożonych ofert dotyczącej zadania 3 w/w zamówienia i wybór oferty najkorzystniejszej.
- 4) zasądzenie zwrotów kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa adwokackiego w kwocie 3.600 złotych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt. IX SIWZ ust. 1.2.2.3.2 Zamawiający wymagał wykazania dysponowania odpowiednio przygotowanym zawodowo potencjałem osobowym, który skierowany będzie przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w osobie geodety posiadającego uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w dziedzinie geodezji i kartografii w zakresie geodezyjnych pomiarów sytuacyjno-wysokościowych, realizacyjnych i inwentaryzacyjnych.

Zauważył również, że zgodnie z wymaganiami pkt. XI ust. 7.2 SIWZ 3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art, 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

Wyjaśnił również, że w wykonaniu obowiązku określonego w pkt. IX ust. 1.2.2.3.2 SIWZ Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o. złożyło załącznik nr 6 do SIWZ - wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, gdzie w pkt 2 przedmiotowego wykazu wskazał osobę G. Zarembę jako geodetę jednocześnie określając, że dysponuje nim w sposób bezpośredni, co oznaczało zaangażowanie osoby fizycznej (niezależnie od tego, czy prowadzi działalność gospodarczą przy pomocy przedsiębiorstwa, czy też świadczy usługę na podstawie m. in. umowy zlecenia), która będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zadania.

Wskazał przy tym, że ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp i niektórych innych ustaw uchyliła art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który ustawodawca zastąpił art. 22a znowelizowanej ustawy Pzp.

Nadto, wywodził, że w świetle art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Pzp (tekst jednolity Dz. U. 2015 r. poz. 2164) tj. w brzmieniu sprzed nowelizacji, wykonawca mógł polegać na potencjale podmiotu trzeciego i jak się ostatecznie utrwaliło się w orzecznictwie, podmiot ten nie musiał uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

Zauważył również, że w przywołanym art. 22a ust. 4 znowelizowanej ustawy Pzp wskazano, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W związku z powyższym po nowelizacji w określonym wyżej zakresie, podmiot trzeci musi być podwykonawcą przy realizacji zamówienia.

Dalej, argumentował, że zgodnie z art. 22a ust.1 ustawy Pzp, który zastąpił wcześniej obowiązujący art. 26 ust.2b wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Ustęp 2 cytowanego art.22a doprecyzowuje z kolei, że wykonawca który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Zwrócił przy tym uwagę, że ustawodawca wprost nakłada na wykonawcę obowiązek udowodnienia faktu dysponowania zdolnościami, przy czym katalog środków dowodowych w tym zakresie pozostawia otwarty precyzując jedynie, że w szczególności mogą to być zobowiązania tych podmiotów do współpracy.

Zarzucił, że Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o. nie dopełniło warunku w zakresie dysponowania osobą, ponieważ poza lakonicznym stwierdzeniem zawartym w załączniku nr 6 o treści: „dysponowanie bezpośrednio zaangażowanie osoby fizycznej (niezależnie od tego, czy prowadzi działalność gospodarczą przy pomocy przedsiębiorstwa, czy też świadczy usługę na podstawie m. in. umowy zlecenia), która będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zadania” i wybrany wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów w postaci oświadczeń geodety lub też stosownych umów, które potwierdziłyby fakt dysponowania tą osobą.

Odwołujący podniósł również, że zgodnie z art. 22a ust.3 ustawy Pzp zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

Rozpatrując kwestię w/w obowiązków Zamawiającego na tle niniejszego postępowania stwierdził, że Zamawiający nie wykonał ich należycie, bowiem dysponując jedynie załącznikiem nr 6 powinien dojść do wniosku, że wykonawca złożył niekompletną dokumentację potwierdzającą fakt dysponowaniem innymi osobami, a co za tym idzie wezwać w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających fakt dysponowania osobą G.Z..

W wypadku niezłożenia przez tego wykonawcę dokumentów, które zgodnie z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp potwierdziłyby faktyczną możliwość dysponowania osobą geodety Zamawiający powinien był następnie wezwać wykonawcę w trybie art. 22a ust. 6 do zastąpienia osoby G.Z. albo do osobistego wykonania tej części zamówienia.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający zaniechał tych czynności, czym naruszył ustawę Pzp.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający mógł uniknąć tych uchybień, albowiem Odwołujący w piśmie złożonym w trybie art. 181 ustawy Pzp z dnia 05 marca 2018r. wskazywał te naruszenia prawa.

W kwestii staranności postępowania Zamawiającego dokonującego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zajął stanowisko, że stwierdzenie oddania wykonawcy zasobu należącego do innego podmiotu winno być konsekwencją dokonania przez Zamawiającego pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasób.

Niezależnie od podniesionych argumentów wskazał, że oferta Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm sp. z o.o. powinna podlegać obligatoryjnemu wykluczeniu w oparciu o art. 24 pkt. 16 ustawy Pzp, albowiem firma ta nie dysponowała na dzień składania oferty i nie dysponuje w dalszym ciągu osobą G.Z. na potrzeby wykonania niniejszego zamówienia.

W ocenie Odwołującego - Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o. w sposób celowy i świadomy złożyło nieprawdziwe oświadczenie woli w tym zakresie.

Odwołujący podniósł okoliczność uzyskania od G.Z. oświadczenia z dnia 3 marca 2018r., że nie pozostawał on w dyspozycji Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm sp. z o.o. na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia i nie łączy go z tym przedsiębiorstwem żaden stosunek prawny.

Argumentował przy tym, że z tego oświadczenia wynika brak, przed złożeniem oferty do Zamawiającego, kontaktu Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm sp. z o.o. się z G. Zarembą, a tym samym jako profesjonalny przedsiębiorca doskonale wiedział, że nie powinien powoływać się na dysponowanie tą osobą.

Skoro wykonawca ten powołał się na dysponowanie w/w osobą, to uczynił to świadomie, aby wprowadzić w błąd Zamawiającego.

Fakt, ten powinien być – według Odwołującego - podstawą do złożenia zawiadomienia o przestępstwie popełnionym z art. 297 §1 k.k przez osoby składające ofertę w imieniu Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Energoterm sp. z o.o.

Wykonawca ten mógłby uniknąć ewentualnej odpowiedzialności karnej w oparciu o art. 297 §3 k.k., jednak do chwili złożenia niniejszego odwołania nie zrezygnował z przedmiotowego zamówienia publicznego.

Na wypadek jednak, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła zarzutu o umyślnym działaniu przy sporządzaniu oferty, odwołujący zarzucił wybranemu wykonawcy niedbalstwo, o którym mowa w art. 26 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wskazał, że pojęcie to należy rozumieć w sensie cywilistycznym, jako niedochowanie należytej staranności.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 § 2 kodeksu cywilnego, Energoterm jako profesjonalista, zobowiązany jest do zachowania należytego poziomu staranności ocenianego z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności.

W opinii Odwołującego - przedstawienie rażąco sprzecznych informacji w dokumentach ofertowych, bez zachowania wymogów określonych w art.22a ust.2 ustawy Pzp stanowi niewątpliwie przejaw niedbalstwa.

Odwołujący zaznaczył, że w przypadku błędu, wykluczenie następuje bez konieczności wzywania takiego wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, a także, że dokumenty lub informacje, które zawierają nieprawdziwe informacje nie mogą być poprawiane czy uzupełniane.

Zauważył przy, że zgodnie z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania.

W dniu 12 marca 2018r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego,

wezwania Zamawiającego z dnia 5 lutego 2018r. do złożenia dokumentów i odpowiedzi Przystępującego z dnia 13 lutego 2018r. na to wezwanie wraz z załączonymi dokumentami, wezwania Zamawiającego z dnia 5 marca 2018r. do uzupełnienia dokumentów i odpowiedzi Przystępującego z dnia 8 marca 2018r. na to wezwanie, oświadczenia G. Z. z dnia 3 marca 2018r., przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 12 marca 2018r., odpowiedzi na odwołanie Odwołującego i Przystępującego z dnia 22 marca 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień oraz pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.26 ust.3, art.24 ust.1 pkt 12, art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp, jednak nie stwierdziła naruszenia przez niego art.22a ust.2 i 3, 4, art.24 ust.1 pkt. 16 oraz art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przetargowym oraz wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu w warunkach winy kwalifikowanej Przystępującego, tj. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa albo w warunkach zwykłej winy w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa.

W zakresie koniecznym do rozpoznania przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt. IX SIWZ ust. 1.2.2.3.2 wymagał wykazania dysponowania odpowiednio przygotowanym zawodowo potencjałem osobowym, który skierowany będzie przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w osobie geodety posiadającego uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w dziedzinie geodezji i kartografii w zakresie geodezyjnych pomiarów sytuacyjno-wysokościowych, realizacyjnych i inwentaryzacyjnych.

Biorąc pod uwagę powyższy warunek udziału w postępowaniu przetargowym, Izba stanęła na stanowisku, że zebrany w sprawie materiał dowodowy(oświadczenie Przystępującego z wykazu osób – załącznik nr 6 oraz oświadczenie G. Z. z dnia 3 marca 2018r.) wskazuje, że Przystępujący złożył oświadczenie o dysponowaniu bezpośrednim

geodetą G. Z. w okolicznościach tworzących u Zamawiającego przekonanie, że osobą realizującą zamówienie w części czynności geodezyjnych będzie właśnie ta osoba, podczas gdy ta osoba oświadczyła, że nie deklaruje udziału w zadaniu nr 3.

Powyższego uznania Izby nie zmieniło w żaden sposób oświadczenie A. M. z dnia 7 marca 2018r., że dotychczasowa korespondencja mailowa oraz rozmowy telefoniczne nie zawierały zastrzeżenia G. Z., że nie chce pełnić funkcji geodety na którymś z zadań objętych powyższymi postępowaniami lub nie wyraża zgody na udostępnienie jego osoby w którymś z postępowań.

Poza tym Izba wzięła również pod uwagę w kontekście powyższego stwierdzenia A. M. dalszą część tego oświadczenia, że działała w przekonaniu, że telefoniczna zgoda do pełnienia funkcji geodety dla wszystkich zadań jest wiążąca.

Według zapatrywania Izby oświadczenie A. M. zawierało w sobie treść wskazującą na zachowanie dosyć naiwne w postaci co najmniej lekkomyślności przy kontraktowaniu usług zapewniających realizację zamówienia publicznego, jak na przedstawiciela profesjonalnego obrotu zamówień publicznych.

Przede wszystkim, A. M. jako pełnomocnik Przystępującego bezpodstawnie oczekiwała od G. Z. złożenia zastrzeżenia braku zgody na zawarcie umowy, zamiast uzyskać pisemne potwierdzenie jego woli oddania się do dyspozycji Przystępującego.

Natomiast, w dalszej części złożonego oświadczenia A. M. stwierdziła, że zgoda została wyrażona, co pozostaje w kolizji ze stwierdzeniem o konieczności złożenia zastrzeżenia.

W ocenie Izby zarówno powyższe oświadczenie A. M., jak i wydruki z połączeń telefonicznych, korespondencja mailowa, faktury za rozmowy telefoniczne, przesłane świadectwo nadania uprawnień zawodowych nie dowodzą okoliczności potwierdzającej zawarcie umowy na świadczenie usług geodezyjnych czy wyrażenie zgody na dysponowanie osobą dla potrzeb realizacji przetargu.

Izba przy tym uznała za zbędne przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków, jako, że strony i uczestnik nie zakwestionowały tych oświadczeń, lecz pomiędzy nimi istniał jedynie spór co do okoliczności związanych z dążeniem do uzyskania przez Przystępującego

oświadczenia o oddaniu mu osoby G. Z. do dyspozycji w celu wykonania zamówienia publicznego.

Oceniając powyższe oświadczenia, Izba przyjęła, że w sprawie tej, co najwyżej mogło dojść do prowadzenia telefonicznych negocjacji, które nie zakończyły się jakimkolwiek konsensem.

Stosownie do art.72 § 1 kodeksu cywilnego jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji.

Z powyższych oświadczeń nie wynika, że doszło do jakichkolwiek ustaleń, w szczególności dotyczących wynagrodzenia, czasu realizacji umowy, jej zakresu przedmiotowego itp.

Z tego powodu Izba nie mogła zaakceptować twierdzenia Odwołującego, że G. Z. wyraził zgodę na dysponowanie jego osobą.

Zdaniem Izby - złożone przez profesjonalnego wykonawcę w wykazie osób oświadczenie musi być obiektywnie weryfikowalne i nie może podlegać relatywizacji co do możliwości dysponowania zasobem osobowym.

Stosownie do art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby – Przystępujący składając oświadczenie w wykazie osób dotyczącym geodety w sposób lekkomyślny wprowadził zamawiającego w błąd co do osoby, która będzie realizowała zamówienie, pomimo braku upewnienia się czy osoba ta w rzeczywistości wyrazi zgodę na wykonywanie czynności geodety w tym przetargu.

Izba przy tym uznała, że informacje te, jako związane z realizacją warunku udziału w postępowaniu mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Brak wskazania dysponowania odpowiednio przygotowanym potencjałem osobowym skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy, a szczególności w okolicznościach złożenia nieprawdziwego oświadczenia opartego na niesprawdzonej informacji.

Idąc dalej, zdaniem Izby - Odwołujący nie udowodnił przesłanek z art.24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Stan faktyczny wynikający ze złożonych oświadczeń nie dowodzi istnienia zachowania Przystępującego w warunkach dolus premeditatus, a także rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu błędnych informacji.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art.22a ust.2 i 3, 4 ustawy Pzp jako, że wykonawca w wykazie osób złożył oświadczenie o dysponowaniu bezpośrednim, a powyższe przepisy mają zastosowanie w sytuacji polegania wykonawcy na osobie trzeciej (dysponowanie pośrednie).

Za uzasadniony Izba uznała zarzut Odwołującego naruszenia art.26 ust.3 ustawy Pzp, jako, że Zamawiający powinien wyjaśnić kwestię związaną ze złożonym przez Przystępującego oświadczeniem o dysponowaniu osobą G. Z. przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające dopiero w dniu 5 marca 2018r., to jest po czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W przekonaniu Izby - Przystępujący deklarując nieprawdziwe, niepotwierdzone informacje odnośnie dysponowania geodetą nie spełnił warunku udziału w przetargu, a zgodnie z art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Ostatecznie, Izba nie przyjęła za udowodniony zarzut naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, jako, że Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....