

**WYROK**

**z dnia 19 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2012 r.

przez wykonawcę: **Piotr Kraus prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i Melioracyjne Piotr Kraus, Sadowa 13, 49-313 Lubsza**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Brzeg, 49-300 Brzeg, ul. Kilińskiego 1**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum „Lubsza”, Rogalice 60/10, 49-315 Mąkoszyce** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddała odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Usługi Leśne i Melioracyjne Piotr Kraus, Sadowa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Brzeg – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Prace związane z gospodarką leśną planowane do wykonania w latach 2012-2013 w Nadleśnictwie Brzeg* (oznaczenie sprawy: S-2710-6/11)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S\_225-365470 z 23 listopada 2011 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej ([www.start.lasy.gov.pl/web/brzeg](http://www.start.lasy.gov.pl/web/brzeg)), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 14.462.581,73 zł, co stanowi równowartość 3.767,278,39 euro.

29 grudnia 2011 r. (pismem z tej daty.) Zamawiający przesłał pocztą elektroniczną Odwołującemu – Piotr Kraus prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i Melioracyjne Piotr Kraus) – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez 12 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum „Lubsza”, w którym zamieszczono także informację o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

9 stycznia 2012 r. Odwołujący wniósł za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 3 – przez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum, mimo że podlegało ono wykluczeniu z postępowania wobec złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, wskazując w załączniku do oferty, iż dysponuje jako osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: a) w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w załączniku nr 5 przygotowanym przez członka konsorcjum – Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „FLORYDA” Stanisław Stafij, 49-300 Brzeg, ul. Mały Rynek 4/3, pod nr 6 – Janem S.,

pod nr 8 – Tomaszem S., pod nr 9 – Piotrem S., chociaż osoby te nie wyraziły zgody na uczestniczenie w realizacji przedmiotowego zamówienia przez Konsorcjum; b) w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w załączniku nr 5 przygotowanym przez członka konsorcjum – Zakład Usługowy „JESION” Marzena Pierun, Rogalice 60/1, polegającym na podaniu w nim pod nr 14 nazwiska Marek M. wraz z załączeniem kserokopii uprawnień o ukończeniu kursu operatorów pił mechanicznych do ścinki drzew przez Krystiana M., który nie wyraził zgody na uczestniczenie w realizacji przedmiotowego zamówienia przez Konsorcjum.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 – poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na podaniu ceny ofertowej za 1 rok świadczenia usług zamiast za dwa lata i tym samym poprzez błędne przyjęcie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Art. 7 ust. 1 – który stanowi, iż do obowiązków zamawiającego należy przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
3. Wykluczenia z postępowania Konsorcjum.
4. Poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego poprzez przemnożenie ceny podanej przez Odwołującego za jeden rok przez 2 i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał w odwołaniu następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające jego wniesienie. Odwołujący ubiegał się o część zamówienia oznaczoną w s.i.w.z. jako pakiet nr 1. Zgodnie z pkt. 8.1.4 s.i.w.z. *o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawcy mieli złożyć oświadczenia, że osoby i podmioty, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeśli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.* Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy składali, zgodnie z pkt. 9.1.9 s.i.w.z. – *Wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień i kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, stanowiący załącznik nr 5 do s.i.w.z. Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.* Zamawiający żądał przy tym

udokumentowania kwalifikacji zawodowych tych osób poprzez dołączenie kserokopii posiadanych uprawnień. Konsorcjum „Lubsza” załączyło do oferty m.in.: 1) wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia na zał. nr 5 przygotowanym przez członka konsorcjum – Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „FLORYDA” Stanisław Stafij; 2) kserokopie uprawnień na nazwisko Piotr S. i Tomasz S. – o ukończeniu kursu operatorów pił mechanicznych do śinki drzew; 3) wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia na zał. nr 5 przygotowanym przez członka konsorcjum – Zakład Usługowy „JESION” Marzena Pierun, 4) kserokopie uprawnień na nazwisko Krystian M. o ukończeniu kursu operatorów pił mechanicznych do śinki drzew. Po zapoznaniu się z ofertą Konsorcjum Odwołujący stwierdził, że w *Wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia*, przygotowanym przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „FLORYDA” Stanisław Stafij, wskazano: Jana S., Tomasza S., Piotra S. i Krystiana M. Osoby te jednak zaprzeczają, składając stosowne oświadczenia na tę okoliczność, aby wyraziły swoją zgodę na uczestniczenie przy realizacji zamówienia przez Konsorcjum. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, iż w wykazie przygotowanym Zakład Usługowy „JESION” Marzena Pierun wymieniono pana Marka M., a uprawnienia przedstawiono na pana Krystiana M. Jak się potem okazało, pan Krystian M. jest synem pana Marka M. i on również nie wyraził swojej zgody na uczestniczenie w realizacji zamówienia przez Konsorcjum. Ponadto pan Jan S. i pan Tomasz S. na etapie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu wyrazili chęć współpracy jedynie z Odwołującym. [Na dowód załączono do odwołania oświadczenia Jana S., Tomasza S., Piotra S. i Krystiana M.]

Złożone przez wymienione osoby oświadczenia potwierdzają, iż zawarte w ofercie Konsorcjum informacje są nieprawdziwe, gdyż prezentują stan inny niż w rzeczywistości (*vide* definicja nieprawdziwej informacji wg jednolitego orzecznictwa KIO, np. wyrok z 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 706/11). Nieprawdziwe informacje, jak w tym przypadku, zostały zamieszczone w załączanych do oferty wykazach (oświadczeniach wykonawców) potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czyli w oświadczeniach dotyczących posiadania przez wykonawcę osób zdolnych do wykonania zamówienia. Ponieważ Zamawiający mają ograniczoną możliwość weryfikowania prawdziwości składanych przez wykonawców na potwierdzenie spełniania przedmiotowych i podmiotowych warunków udziału w postępowaniu dokumentów i oświadczeń, niejednokrotnie ich ocena jest dokonywana wyłącznie w oparciu o oświadczenia składane przez samych wykonawców. Ustawa pzp przewiduje bezwzględny nakaz wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy w swoich ofertach składają nieprawdziwe informacje – art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Mając

powyższe na względzie Odwołujący postanowił powiadomić Zamawiającego pismem z 2 stycznia 2012 r. o fakcie poświadczenia nieprawdy przez Konsorcjum w swojej ofercie w zakresie osób, którymi dysponuje do wykonania zamówienia. Ponadto Odwołujący w tym samym dniu 2 stycznia 2012 r. na podstawie art. 304 § 1 Kodeksu postępowania karnego poinformował Prokuraturę Rejonową w Brzegu o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 270 § 1 Kodeksu karnego przez Konsorcjum. W orzecznictwie KIO ugruntowało się stanowisko, iż *okoliczność podania nieprawdziwych informacji może pojawić się na każdym etapie postępowania, a Zamawiający, w przypadku jej ujawnienia, jest zawsze zobowiązany do rzetelnego ustosunkowania się do takiej sytuacji i zweryfikowania (wszelkimi dostępnymi środkami) podanych przez wykonawcę informacji* (wyrok z 26 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 93/11). Podobnie w wyroku z 30 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1766/10): *Należy stwierdzić, że przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest samodzielną przesłanką, w razie której zaistnienia na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, zdefiniowanym w art. 2 pkt 7a ustawy, zamawiający, który stwierdził zaistnienie takiej przesłanki, ma obowiązek wykonać nakazaną w przepisie czynność.* Natomiast w wyroku z 9 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2348/10), KIO przypomniało, że: *W przypadku, gdy Zamawiający uzna, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana błędnie, może ją skorygować, dokonując ponownej oceny ofert, zarówno w zakresie podmiotowym jak i przedmiotowym.* Mając na uwadze powyższe orzeczenia stwierdzić należy, iż pomimo dokonania przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym odrzucenia oferty Odwołującego, na Zamawiającym nadal ciąży obowiązek zweryfikowania poprawności tego wyboru. Otrzymując więc informację o możliwości podania przez wybranego przez siebie wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, gdy nie doszło jeszcze do zawarcia umowy o zamówienie publiczne, Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, następnie zaś zweryfikować, np. poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp, czy Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje. W razie zaś potwierdzenia tego zarzutu spoczywać będzie na Zamawiającym obowiązek wykluczenia Konsorcjum z postępowania. Mimo udowodnienia przez Odwołującego, że Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje dotyczące dysponowania przez nie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający nie podjął jakichkolwiek czynności zmierzających do wykluczenia Konsorcjum z postępowania, czy nawet wyjaśnienia tej kwestii. W tym miejscu przypomnieć należy, iż *dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że określona informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania, jest obiektywnie niezgodna z*

*rzeczywistością i powyższe nie budzi żadnych wątpliwości, przy czym bez znaczenia dla tej oceny są przyczyny złożenia nieprawdziwych informacji (tak KIO w wyroku z 26 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 93/11). W niniejszej sprawie oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu złożone przez Konsorcjum, w zakresie, w jakim potwierdza ono, iż Wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanymi w Wykazach osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, jest oświadczeniem obiektywnie niezgodnym z rzeczywistością. W konsekwencji na Zamawiającym ciążył obowiązek wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu. Jak bowiem przypomina KIO w wyroku z 08 września 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1820/10): *norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji.**

#### Zarzuty dotyczące oferty Odwołującego

Przedmiotowe zamówienie obejmuje okres realizacji od 1 stycznia 2012 r. do 31 grudnia 2013 r. (pkt 7 s.i.w.z.), Odwołujący natomiast w ofercie podał cenę ofertową za 1 rok świadczenia usług (2012), zamiast za dwa lata (2012 i 2013), o czym poinformował Zamawiającego pismem z 13 grudnia 2011 r. Zamawiający, całkowicie pomijając to wyjaśnienie, bezpodstawnie przyjął, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Kwalifikując powyższy błąd oferty jako niezgodność oferty z s.i.w.z., co nie powinno budzić wątpliwości, Zamawiający zobowiązany był do ustalenia, czy ów brak można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do czego obliguje Zamawiającego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. W wyroku z 21 września 2011r. (sygn. akt KIO 1946/11), KIO podkreśliła, że *zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Obowiązkiem zamawiającego jest więc ustalenie, czy stwierdzona niezgodność: 1) nosi charakter omyłki, 2) czy istnieje możliwość jej poprawy w oparciu o pierwotną treść oferty, bez składania nowych, czy też odmiennych oświadczeń woli przez wykonawcę, czego nie dozwala art. 87 ust. 1 Pzp, 3) czy dokonana poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopiero w okolicznościach, gdy oferta wykonawcy nie poddaje się poprawie, z zachowaniem wyżej przytoczonych reguł, zamawiający, w ocenie KIO, władny jest ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.* W niniejszej sprawie Zamawiający bezprawnie zaniechał poprawienia przedmiotowej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, mimo iż spełnione zostały wszystkie ustawowe przesłanki: Zamawiający mógł bowiem w oparciu o treść oferty i wyjaśnień Odwołującego samodzielnie poprawić przedmiotową omyłkę poprzez proste przemnożenie

## Sygn. akt KIO 61/12

kwoty podanej za 1 rok przez 2 (jak za dwa lata). Innymi słowy omyłka ta jest możliwa do usunięcia, co podkreśla KIO w wyroku z 23 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 522/11). Podanie przez Odwołującego ceny za 1 rok, zamiast za dwa lata, ma charakter „omyłki”, błąd ten jest bowiem niezamierzony, zaś nie ma wątpliwości co do zamierzonej treści oferty Odwołującego. KIO w wyroku z 4 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1589/09) wskazuje, że *„należy przyjąć możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w Pzp. Omyłką będzie więc zarówno błąd w przygotowaniu oferty, w odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści poprzez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia SIWZ, etc), w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty.* Podobnie: wyrok KIO z 22 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1278/09), wyrok z 10 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 691/09). Za wyrokiem KIO z 10 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 691/09) podkreślić należy, że zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawienia omyłki Odwołującego jest sprzeczne z zasadami całościowej interpretacji art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, mającymi na celu umożliwienie poprawiania ofert, tak aby zapobiec eliminacji (odrzuconiu) z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. W ocenie Odwołującego omyłka ta nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, nie dotyczy bowiem świadczenia zaoferowanego przez Odwołującego, które w całości odpowiada wymaganiom Zamawiającego wskazanym w s.i.w.z.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie odpowiedzi na odwołanie.

13 stycznia 2012 r. (pismem z 12 stycznia 2012 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło od Konsorcjum „Lubsza” zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – zawierające wniosek o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia Konsorcjum „Lubsza” do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez

Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Uczestnik podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

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 składu orzekającego Izby Odwołujący legitymował się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę zawierającą najniższą cenę, która stanowi podstawowe kryterium oceny ofert o znaczeniu 80%, co zapewniało mu realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący miałby zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, wobec zarzutów dotyczących odrzucenia jego oferty oraz zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego. Natomiast zaniechanie tych czynności przez Zamawiającego narażałoby Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć. Pomimo dokonania ustalenia, o czym poniżej, iż decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie podlega już zaskarżeniu, Izba nie odmówiła uznania jego legitymacji do wniesienia odwołania, uznając potrzebę w niniejszej sprawie możliwie szerokiego jej ujęcia, nawet niewykluczającego potrzebę zweryfikowania prawidłowości działań Zamawiającego z przepisami pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: s.i.w.z., ogłoszenia, oferty Przystępującego, oferty Odwołującego, przywołanych w

uzasadnieniu pism, a także z protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole. Izba uwzględniła również załączone do odwołania 4 oświadczenia, a także złożone w toku rozprawy przez Przystępującego 2 oświadczenia oraz umowę zlecenia z załącznikiem – złożone przez Stronę na okoliczność dowiedzenia odpowiednio złożenia lub niezłożenia nieprawdziwych informacji w ofercie Konsorcjum „Lubsza”. Izba dokonała odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie może zostać uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła w niniejszej sprawie bezpodstawnego zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności wykluczenia Przystępującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

O ile skład orzekający Izby podziela przytoczone powyżej za odwołaniem tezy z orzecznictwa Izby związanego z zastosowaniem tego przepisu, o tyle dotyczą one kwestii powinnościami zamawiającego w razie powstania uzasadnionego podejrzenia faktu złożenia nieprawdziwych informacji w prowadzonym postępowaniu oraz interpretacji tej pierwszej przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Natomiast zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie Odwołujący skrzętnie unikał skonkretyzowania i udowodnienia okoliczności wskazujących na zajęcie drugiej przesłanki z tego przepisu, która musi zaistnieć kumulatywnie z pierwszą – wpływu tych nieprawdziwych informacji na wynik postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego. Przejawiło się to już w wybiórczym przedstawieniu okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania, w których zrećźnie przemilczano, iż oprócz Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „FLORYDA” Stanisław Stafij i Zakładu Usługowego „JESION” Marzena Pieruń – w skład Konsorcjum „LUBSZA” wchodzi dziesięć innych podmiotów (a jedenastu przedsiębiorców): Usługi Leśne „Las-Bud” s.c. Anna Drzewiecka-Skowicka, Krzysztof Skowicki, Transport i Usługi Leśne Paweł Chorążyczewski, Usługi Leśne, Naprawa Sprzętu Rolniczego Andrzej Wcisło, Usługi Leśne Tomasz Maciążek, Usługi Transportowe i Zrywka Drewna Adam

Kutarba, Zakład Usług Leśnych Krzysztof Żrańko, Usługi Leśne Marek Strzelecki, Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „MIREX” Dobosz Mirosław, Usługi Leśne Ryszard Drozd oraz P.P.H.U. „HUBERT” Kamil Kastelik. Ta podstawowa i niesporna okoliczność ma niebagatelne znaczenie, gdyż niemal każdy z tych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przedstawił własny wypełniony załącznik nr 5 do s.i.w.z. *Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia*. Na rozprawie Zamawiający i Przystępujący oświadczyli, a Odwołujący temu nie zaprzeczył, iż łącznie we wszystkich wykazach osób załączonych do oferty wskazano 50 osób o odpowiednich kwalifikacjach. Z kolei niesporna pomiędzy Stronami na rozprawie była okoliczność, iż do wykonania zamówienia według s.i.w.z. wystarczające było w tym zakresie dysponowanie liczbą 39 osób. Zatem już przyjęcie takiego stanu faktycznego i jego ocena przez pryzmat drugiej przesłanki, prowadzi do jednoznacznej konkluzji – Konsorcjum „Lubsza” nie mogłoby zostać wykluczone z postępowania z mocy art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp, gdyż nawet jeżeli nieprawdą jest, iż dysponuje 4 osobami wskazanymi w odwołaniu, to nadal dysponuje wystarczającą liczbą osób.

Izba poczyniła jednak ustalenia, które w konsekwencji powodują, iż nie jest istotne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania, ile dokładnie osób zdolnych do wykonania zamówienia pozostało Przystępującemu. O ile bowiem treść pkt. 8.1.4 s.i.w.z. rzeczywiście przedstawia się tak, jak to przytoczono powyżej za odwołaniem, o tyle z takiego sformułowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – wynika brak sprecyzowania w tym zakresie przez Zamawiającego jakichkolwiek szczególnych wymagań. Odmienne niż w przypadku warunków udziału w postępowaniu dotyczących: posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt. 8.1.2 s.i.w.z.), dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (pkt. 8.1.3 s.i.w.z.), sytuacji ekonomicznej (pkt 8.1.7 s.i.w.z.) i finansowej (pkt 8.1.5 s.i.w.z.), dla których zamieszczono rozbudowane i skonkretyzowane na potrzeby prowadzonego postępowania opisy sposobu dokonania oceny ich spełniania – Zamawiający poniechał opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku konkretyzującego jego wymagania w zakresie potencjału osobowego. Nie stanowi takiego opisu ogólnikowe powtórzenie za art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp, że należy dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, bez określenia liczby tych osób i wymaganych od nich kwalifikacji lub uprawnień i poprzestanie na stwierdzeniu, że jeżeli jakieś bliżej niesprecyzowane ustawy nakładają obowiązek posiadania nie wiadomo jakich uprawnień, to należy złożyć oświadczenie potwierdzające posiadanie tych uprawnień przez osoby, które będą wykonywać zamówienie. Również wskazanie w pkt. 9.1.9 i 9.1.10 s.i.w.z. rodzajów

dokumentów jaki należy załączyć do oferty (w przypadku pkt. 9.1.9 mylnie odsyłającego do załącznika nr 4, którym jest wzór umowy), a także przygotowanie, jako załącznika nr 5 do s.i.w.z. formularza pn. *Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia* – nie określa samego wymagania, które spełnianie Zamawiający miał zamiar oceniać na zasadzie „spełnia – nie spełnia” (pkt. 8.2 s.i.w.z.). Natomiast Strony wymóg dysponowania 39 pilarzami wywiodły z pkt. 8.1.3.1, precyzującego sposób dokonywania oceny spełniania warunku dotyczącego potencjału technicznego w zakresie pakietu 1 – między innymi jako dysponowanie minimum 1 pilarką na 2000 m<sup>3</sup> pozyskania (drewna), w powiązaniu ze wskazaną w załączniku 2c do s.i.w.z. liczbą łącznie 77286 m<sup>3</sup> drewna do pozyskania (różnica 77286 i 2000 wynosi w zaokrągleniu 39). Niezależnie od intencji Zamawiającego, a nawet prawidłowego odczytania ich przez wykonawców – warunek udziału w takiej postaci nie wynika z postanowień s.i.w.z., lecz opiera się na racjonalnym założeniu, że każda sztuka wymaganego na potwierdzenie potencjału technicznego urządzenia wymaga operatora. Zamawiający ma prawo dostosować opis dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do swoich uzasadnionych potrzeb, w szczególności może sformułować taki opis w sposób kompleksowy odnoszący się do potencjału osobowego i technicznego – jednak musi to uczynić w taki sposób, aby każdy potencjalny wykonawca mógł jednoznacznie stwierdzić jakie wymagania są stawiane i czy je spełnia.

Z uwagi na powyższe w niniejszej sprawie nie ma również znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności odwołania, czy i w jakim zakresie można stwierdzić złożenie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, to jest w stosunku do ilu i których spośród 4 osób wskazanych w odwołaniu. Odwołujący załączył do odwołania 4 oświadczenia (niedatowane). Krystian M. i Piotr S. oświadczyli, że nie wyrazili zgody dla żadnej firmy ubiegającej się o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Natomiast Tomasz S. i Jan S. oświadczyli, iż wyrazili zgodę na umieszczenie w składzie pracowników pilarzy wyłącznie dla Odwołującego w związku z tym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Z kolei Przystępujący przedstawił następujące dokumenty. Niedatowane oświadczenie, w którym Paweł S. oświadczył, że prowadzi działalność gospodarczą i wyraża chęć współpracy od 1 stycznia 2008 r. na czas nieokreślony w zakresie usług leśnych z firmą Stanisława Stafija „FLORYDA”, a także, iż będą z nim współpracować: Piotr S. i Tomasz S. posiadający uprawnienia do ścinki drzew. Również niedatowane oświadczenie, w którym Jan S. oświadczył, że wyraża chęć współpracy w zakresie usług leśnych z firmą Stanisława Stafija „FLORYDA” od 2008 r. na czas nieokreślony. Umowę nr 02/2011 z datą 24 stycznia 2011 r., zawartą na czas nieokreślony pomiędzy Zakładem Usługowym „Jesion” Marzena Pieruń a

Mirosławem G. Usługi Leśne, w którym ten pierwszy przedsiębiorca jako zleceniodawca zlecił wykonawcy zadania gospodarcze w zakresie hodowli, pozyskania i zrywki, ujęte w załączonych przed wykonaniem prac zleceniach obejmujących zakres i miejsce prac. Wreszcie załącznik do umowy z dnia 25 stycznia 2011 r. z 1 lutego 2011 r., podpisany przez Mirosława G., w którym znajduje się zapis na *czas nieokreślony* oraz *wykaz osób współpracujących: 1. Krystian M., 2. Jakub K., 3. Marek M., 4. Roman P.* W ocenie składu orzekającego Izby z przedłożonych dowodów wynika, iż Przystępujący na dzień składania ofert mógł dysponować osobą Jana S., skoro ten zadeklarował współpracę na czas nieokreślony z wchodzącym w skład Konsorcjum „Lubsza” przedsiębiorcą w zakresie usług leśnych, które stanowią również przedmiot zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Niedatowane oświadczenie o wyłączeniu deklaracji współpracy z Odwołującym co najwyżej dowodzi, iż osoba ta zmieniła zdanie, lecz nie wiadomo czy nastąpiło to przed terminem składania ofert i czy złożyła wypowiedzenie dotychczasowej współpracy. Z kolei w przypadku Krystiana M., skoro nie był on zamieszczony w wykazie osób, to na podstawie samego faktu załączenia dokumentu potwierdzającego jego kwalifikacje drwała-pilarza, nie można stwierdzić, iż złożone został on wskazany jako osoba, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Odwołujący skutecznie podważył natomiast wiarygodność oświadczenia o dysponowaniu na dzień składania ofert przez Przystępującego osobami Piotra S. i Tomasza S. Należy bowiem uznać prymat złożonych przez nich bezpośrednio oświadczeń nad oświadczenie złożone za nich przez Pawła S. oraz przez Mirosława G., którzy sami bezpośrednio zobowiązali się do współpracy z podmiotami wchodzącymi w skład Konsorcjum „Lubsza”, a nadto złożyli zapewnienie dotyczące innych osób. Takie zapewnienie w przypadku Mirosława G., który jako przedsiębiorca również wchodzi w skład tego konsorcjum, potwierdza fakt złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie dysponowania tymi osobami na dzień składania ofert.

Skład orzekający Izby wskazuje, iż również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu Izba wskazywała na konieczność stwierdzenia zaistnienia rzeczywistego wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego. W wyroku z 26 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 93/11): *Wykluczeniu podlega bowiem wykonawca, wyłącznie wtedy, gdy informacje nieprawdziwe miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a więc dotyczą warunków zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych zamówienia. Z ustalonych przez Izbę okoliczności niniejszej sprawy jednoznacznie wynika, iż podane przez Odwołującego informacje mogły mieć rzeczywisty wpływ na wynik postępowania, gdyż brak informacji o okolicznościach, które stały się*

*podstawą dokonywanych przez Zamawiającego wyjaśnień, spowodowałoby iż Odwołujący jako wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu zaproszony by został do złożenia oferty wstępnej. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma bowiem tylko okoliczność, że określona informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania, a jak już wyżej wskazano niewątpliwie tak jest, jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością i powyższe nie budzi żadnych wątpliwości, przy czym bez znaczenia dla tej oceny są przyczyny złożenia nieprawdziwych informacji. W wyroku z 30 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1766/10): Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania w razie podania informacji nieprawdziwych, przez które należy rozumieć, informacje nie odpowiadające faktom, o ile złożone informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Niewątpliwie informacje zawarte w ofercie odwołującego, po ich weryfikacji przez zamawiającego na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, nie odpowiadają faktom ustalonym w toku czynności zamawiającego przy udziale odwołującego, mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania ze względu na cenę oferty. W wyroku z 8 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1820/10): Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”.*

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Po pierwsze – pismem z 13 grudnia 2011 r., wysłanym 14 grudnia 2011 r. pocztą za zwrotnym potwierdzeniem odbioru (co nastąpiło 16 grudnia 2011 r.) – Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wskazując, iż *podstawą odrzucenia oferty jest*

*rażąco niska cena w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 pkt. 1.4 ustawy PZP). Po drugie – uprzednio Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo z 13 grudnia 2011 r., następującej treści: ...zapropnowana przez nas cena w ofercie – netto kwota 5.159.181,98 zł jest ceną za realizację przedmiotu zamówienia w jednym roku. Świadczenie usług tj. w 2012 r. Nie obejmuje ona zatem świadczenia usług w 2013 roku, co oznacza, że nie jest możliwe wykonanie usługi za cenę ofertową w całym okresie obowiązywania umowy.*

Z tak ustalonych okoliczności faktycznych wynikają doniosłe skutki prawne dla rozstrzygnięcia drugiego zarzutu, a tym samym, biorąc pod uwagę cenę oferty Odwołującego (najniższą nawet w razie jej podwojenia), całego odwołania. W ocenie Izby Odwołujący zaniechał bowiem wniesienia w terminie odwołania od czynności odrzucenia jego oferty. Ponieważ Zamawiający poinformował o tym Odwołującego pismem nadanym pocztą 14 grudnia 2011 r., od tej daty należy liczyć bieg 15-dniowego terminu, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 *in fine*. Termin ten upłynął zatem 29 grudnia 2011 r., to jest w dniu przekazania zawiadomienia o rozstrzygnięciu całego postępowania. Bez znaczenia jest przy tym, że dopiero to zawiadomienie odpowiada dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pzp, gdyż wykonawcy mają prawo, ale i obowiązek, pod rygorem poniesienia niekorzystnych skutków prawnych – odwołania się od każdej czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy, która narusza ich interes w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający, co prawda rozszerzył uzasadnienie faktyczne odrzucenia, podtrzymał jednak iż podstawą dla tej czynności był przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp. Zamawiający dodał nadto enigmatyczne wyjaśnienie: *W przedmiotowej ofercie wskazano ceny netto i brutto za wykonanie całości zamówienia. Jednocześnie, nie jest to oczywista omyłka rachunkowa, którą Zamawiający mógłby poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.* Dopiero to rozszerzone uzasadnienie, niespójne z dotychczas podanym i nadal podtrzymanym, spowodowało skorzystanie przez Odwołującego z instytucji odwołania.

Nawet gdyby Odwołujący dochował terminu na odwołanie się od odrzucenia jego oferty, to żądanie nakazania Zamawiającemu dokonania poprawienia jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie mogłoby zostać uwzględnione. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż w swoich wyjaśnieniach z 13 grudnia 2011 r. Odwołujący *de facto* przyznał, że złożona przez niego oferta obejmuje wyłącznie świadczenie usług w 2012 r., a nie w 2013 r., wskazując, że nie jest możliwe wykonanie usługi za cenę ofertową w całym okresie obowiązywania umowy. Z treści tych wyjaśnień nie wynika natomiast wcale, iż nastąpiło to w wyniku pomyłki, niezamierzonego działania Odwołującego, ani że zamierzał on złożyć ofertę na dwa lata, której cena miała być dwukrotnie wyższa. Niezależnie od oceny prawidłowości

dokonanej przez Zamawiającego kwalifikacji prawnej, na podstawie której dokonał on czynności odrzucenia – oferta Odwołującego dotknięta była nieusuwalnym, nawet w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, błędem. Wysoce wątpliwa jest możliwość zaklasyfikowania go jako omyłki. Nawet jeżeli Zamawiający utrudnił wykonawcom, zamiast ułatwić, przygotowanie oferty przez przygotowanie formularzy cenowych wyłącznie na 2012 r., zamieszczając w nich enigmatyczną uwagę: *Opis dotyczy roku 2012 – dla roku 2013 należy przyjąć podobny zakres działań*, to nie uniemożliwiało to przygotowanie oferty przy dołożeniu należytej staranności na cały zakres zamówienia. Treść złożonej oferty nie wskazuje, iż intencją Odwołującego było złożenie oferty dwa razy droższej niż to wpisał liczbowo i słownie w formularzu ofertowym, która to kwota zgadzała się z kwotami wynikającymi z poszczególnych formularzy cenowych. Odwołujący przeoczył także, iż w żadnym z przywołanych przez niego w odwołaniu orzeczeń Izba nie nakazała poprawienia omyłki przez dwukrotne zwiększenie ceny oferty. O ile w orzecznictwie Izby dominuje pogląd o dopuszczalności korekty złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp również w zakresie tego istotnego elementu jej treści, o tyle jednocześnie wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, że dokonana zmiana nie może w istotny sposób zmieniać treści oferty. W ocenie składu orzekającego Izby dwukrotne podwyższenie ceny oferty, czy też jej podwyższenie o kilka milionów złotych, należy zaliczyć do zmian głęboko ingerujących w dotychczas istniejącą treść oferty, która została ujawniona na publicznym otwarciu ofert – *de facto* prowadząc do wytworzenia jej w zupełnie nowym kształcie, zasadniczo odbiegającym od dotychczasowego. Na to przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie dozwala Zamawiającemu.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami: § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Nie został uwzględniony wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika *według norm przepisanych*, gdyż przepis § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia wymaga w tym zakresie przedłożenia do akt sprawy stosownego rachunku.

Przewodniczący: .....