

WYROK
z dnia 9 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie 9 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 lutego 2020 r. przez Odwołującego: W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. B. Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Antonin z siedzibą w Antoninie

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2 oraz 4 i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie Pakietu II przedmiotu zamówienia,
 - 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie Pakietu II przedmiotu zamówienia,
 - 1.3 dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie Pakietu II przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 739,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset trzydzieści dziewięć złotych 00/100) stanowiącą

uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu: wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i udokumentowanego kosztu dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kaliszu.

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Antonin z siedzibą w Antoninie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Antonin w roku 2020”, numer: SA.270.27.2019, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 października 2019 r. pod numerem 2019/S 207-505185. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. 24 lutego 2020 r. wykonawca: W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. B. Ecolas Przedsiębiorstwo Usługowe (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp, z uwagi na to, że nie wykazał aby spełniał warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 6.2 ppkt 3 lit. c) ppkt II lit. a) SIWZ w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, wprowadzając jednocześnie w toku postępowania w błąd Zamawiającego co do spełniania niniejszego warunku podczas, gdy nie zaistniał przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp – przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp, z uwagi na to, że nie wykazał aby spełniał warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 6.2 ppkt 3 lit. c) ppkt II lit. a) SIWZ w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, wprowadzając jednocześnie w toku postępowania w błąd Zamawiającego co do spełniania niniejszego warunku podczas, gdy nie zaistniał przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp,
3. art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wykazu osób składanego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym pkt 6.2 ppkt 3 lit. c) ppkt II lit. a) SIWZ.

4. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – przez bezpodstawne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, podczas gdy nie zaistniały ku temu przesłanki wymienione w powyższym artykule.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu II na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Antonin w roku 2020;
2. unieważnienia przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego;
3. unieważnienia przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania;
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie Pakietu II z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach niniejszego postępowania w tym ewentualnie wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust 3 Pzp do przedłożenia wykazu osób, z którego będzie wynikało, iż Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2 ppkt 3 lit. c) ppkt II lit. a) SIWZ.

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zgodnie z pkt 3.1. ppkt 8) SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na cztery Pakiety (części. W ramach części drugiej przedmiotu zamówienia zostały złożone dwie oferty: Odwołującego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. S. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Nabyszycach, G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel-Pośrednictwo-Uslugi G. S. z siedzibą w Boduszewie oraz K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług K. C. z siedzibą w Henrykowicach Gajówce (dalej: Konsorcjum Forest). 28 stycznia 2020 roku Zamawiający dokonał czynności odrzucenia z postępowania oferty Konsorcjum Forest.

W odpowiedzi na wezwanie na podst. art. 26 ust. 1 Pzp Odwołujący złożył Zamawiającemu wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia datowany na 17 stycznia 2020 r. W wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia wskazani zostali następujący pilarze:

1. A. W.,
2. K. Ś.,
3. A. M.,
4. A. F.,
5. A. W. .

Wobec wątpliwości, co do zgodności z prawdą złożonego wykazu, Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie dysponowania ww. pilarzami wskazanymi w punktach 1-4. Odwołujący 6 lutego 2020 r. złożył stosowne wyjaśnienia. 24 lutego 2020 roku Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnił postępowanie w zakresie części drugiej.

Zgodnie z punktem 6.2 ppkt 3 lit. c) ppkt II lit. a) SIWZ w postępowaniu mogli brać udział wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b Pzp dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek ten, w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, miał zostać uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykazałby, że dysponuje lub będzie dysponować dla Pakietu II co najmniej 5 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej.

Odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wraz z ofertą złożył formularz JEDZ, a w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. W rubryce „podstawa do dysponowania osobami” Odwołujący wpisał „umowa o pracę”.

Zgodnie z przytoczonym warunkiem udziału Odwołujący winien wykazać, iż dysponuje lub będzie dysponować określonym potencjałem osobowym. Literalne brzmienie warunku udziału nie pozwalało przyjąć, iż Odwołujący obowiązany był w terminie składania ofert posiadać zawarte umowy o pracę z osobami wskazanymi w wykazie. Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu wyraźnie posłużył się określeniem „będzie dysponował”. Zatem po stronie Odwołującego był obowiązek wykazania, iż w dniu w którym upływa termin składania ofert będzie on związany takim stosunkiem prawnym, który umożliwi mu na etapie realizacji umowy dysponowanie pięcioma osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje. Dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie było istotne czy w dniu składania ofert osoby skierowane do realizacji umowy posiadały umowy o pracę. Istotne było, aby pomiędzy Odwołującym, a tymi osobami istniała więź obligująca przyszłych

pracowników do wykonywania prac zleconych przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego. Umowy o pracę z pilarzami zostały faktycznie podpisane po terminie składania ofert, niemniej przed podpisaniem właściwych umów o pracę Odwołujący porozumiał się z ww. osobami, w ten sposób, że zobowiązały się one do udziału w realizacji zamówienia. Zobowiązania te miały formę ustnych umów przedwstępnych i powstały dnia 26 listopada 2019 r.

Dowód:

- oświadczenia pracowników (A. W., K. Ś., A. F., R. Z.) z 15 lutego 2020 r. w sprawie zawarcia ustnych przedwstępnych umów o pracę na stanowisku drwal-pilarz.

Wprawdzie umowa przedwstępna nie została uregulowana w ustawie z 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1040 z późn. zm.), dalej Kp, aczkolwiek nie oznacza to niemożliwości jej stosowania. Kp stanowi wyraźnie, iż w sprawach nieuregulowanych przepisami pracy, stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 z późn. zm., dalej Kc), jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa pracy. Zatem podstawę do stosowania umowy przedwstępnej w odniesieniu do umowy o pracę stanowi art. 300 KP. Zaś sama konstrukcja umowy przedwstępnej zawarta jest w art. 389 Kc. Odwołujący spełniał zatem warunek udziału w postępowaniu już w dniu, w którym upływał termin składania ofert tj. 27 listopada 2019 r.

Odwołujący zachował należyłą staranność w tym, aby doprowadzić do zawarcia właściwych umów o pracę, co finalnie wydarzyło się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dowód:

- umowy o pracę zawarte pomiędzy Odwołującym, a pracownikami (A. M., A. W., K. Ś., A. F., W. A.).

Odwołujący wskazał, że nie nawiązał żadnej więzi prawnej ze spółką Ekolas Sp. z o.o., w celu udostępnienia kadry pracowniczej. W umowach o pracę zawieranych przez spółkę Ekolas Sp. z o.o. nie wyłączono możliwości podejmowania dodatkowego zatrudnienia, dlatego Odwołujący postanowił porozumieć się bezpośrednio z określonymi pracownikami. Skuteczne zawarcie ustnych przedwstępnych umów o pracę świadczyło więc o tym, iż Odwołujący będzie bezpośrednio dysponował osobami, które skieruje do realizacji zlecenia.

Nieuprawnione i pozbawione podstaw było twierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący mógł wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu za pomocą potencjału, którym w dacie składania ofert jeszcze bezpośrednio nie dysponował, ale wyłącznie w przypadku polegania na przedstawionych w ofercie zasobach trzecich.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, jakoby W. B. działający jako Prezes spółki Ekolas Sp. z o.o. w sposób nieuprawniony (z pominięciem reprezentacji łącznej zarządu) rozwiązał umowę i wyrejestrował bez wiedzy drugiego członka zarządu z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dotychczasowych pracowników spółki. Powyższe twierdzenie było nieuprawnione i nie znajdowało uzasadnienia. Zgodnie z art. 31 § 1 Kp za pracodawcę będącego jednostką organizacyjną, czynności w sprawach z zakresu prawa pracy dokonuje osoba lub organ zarządzający tą jednostką albo inna wyznaczona do tego osoba. Zgodnie z § 5 ust. 2 Regulaminu spółki Ekolas Sp. z o.o. z dnia 8 stycznia 2019 r. do kompetencji Prezesa Zarządu należało w szczególności: zawieranie i rozwiązywanie umów o pracę z pracownikami, nadzorowanie polityki zatrudnienia. Na podstawie regulaminu spółki sprawy pracownicze, w tym zawieranie i rozwiązywanie umów o pracę, zostało przypisane W. B. .

Dowód:

- Regulamin spółki Ekolas Sp. z o.o. z dnia 8 stycznia 2019 r.;

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego podniesiono jakoby Pan A. M. uchylał się od skutków prawnych swojego wcześniejszego oświadczenia, co do rozwiązania umowy o pracę z Ekolas Sp. z o.o. oraz oświadczenia, co do zawarcia umowy o pracę z Odwołującym. Ponadto wskazano, iż Pan A. M. zawarł umowę z Odwołującym pod wpływem błędu i groźby. Niemniej należy zauważyć, że powyższa kwestia budziła uzasadnione wątpliwości. W ocenie Odwołującego nie było możliwe, by ww. pracownik rozwiązał i zawarł umowę pod wpływem błędu co do faktu, iż spółka była należycie reprezentowana.

W wyjaśnieniach złożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Odwołujący wskazał dokładne terminy zawarcia poszczególnych umów i przedstawił na potwierdzenie tego faktu stosowne dowody. Przedstawiona została również informacja, że osoby te we wcześniejszym terminie zadeklarowały się do realizacji przedmiotowego zamówienia, co również było zgodne i spójne z załączonymi oświadczeniami pracowników. Nie było zatem podstaw do uznania, że zaistniały przesłanki do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp tj. wprowadzenie w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji".

Tym samym, w konsekwencji, oferta Odwołującego w zakresie części drugiej nie podlegała odrzuceniu.

Wezwanie do wyjaśnień z dnia 3 lutego 2020 r. Zamawiający oparł na art. 26 ust. 3 Pzp podczas, gdy właściwe byłoby zastosowanie art. 26 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym

Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Dopiero, wobec ewentualnych dalszych wątpliwości Zamawiający powinien zastosować art. 26 ust. 3 Pzp i wezwać Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób. Powyższe uchybienie Zamawiającego nie może obciążać Odwołującego.

Odwołujący posiada zasoby kadrowe, które mógłby wskazać w uzupełnionym wykazie osób, gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego w tym zakresie. Należy bowiem zwrócić uwagę, że co prawda przyjęta jest zasada jednokrotnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, niemniej należy mieć na uwadze, że w wykładni art. 26 ust. 3 Pzp została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, jednak odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego, wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jego czynność była wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zastosował tryb z art. 26 ust. 3 Pzp, jednakże ograniczył się tylko i wyłącznie do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień bez możliwości uzupełnienia lub złożenia nowego wykazu. Powoływanie się na przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp możliwe było dopiero po wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, bowiem Wykonawca nie został wezwany do przedłożenia uzupełnionego wykazu osób.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający nie powinien odrzucać oferty Odwołującego, a w konsekwencji nie powinien dokonać unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w ramach części drugiej przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Ponadto wskazał:

W celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu Odwołujący stosownie do postanowień zawartych w pkt 7.1. lit a) SIWZ zobowiązany był do przedłożenia aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ i braku podstaw do wykluczenia, na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Zgodnie z treścią rozdziału 7 SIWZ wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani zostali do wypełnienia JEDZ-a zgodnie z instrukcją zawartą w treści SIWZ. Zgodnie z pkt 7.1. lit a) tiret dwudzieste informacje niezbędne do wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 6.2. ppkt 3 lit c) ppkt II lit a) SIWZ wykonawca zobowiązany był podać w Części IV lit C (pkt 2) JEDZ. W tej Części JEDZ zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ wykonawca zobowiązany był podać informacje

nt. danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych przez nich czynności, posiadanych uprawnień oraz podstawy dysponowania.

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą JEDZ, gdzie w Części IV lit C (pkt 2) JEDZ zamiast wymaganych przez Zamawiającego w pkt 7.1. lit a) tiret dwudzieste informacji podał: „Informacja zastrzeżona jako tajemnica”. Poza wyżej przywołanym oświadczeniem Odwołujący nie podał żadnych informacji, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zarówno w/w JEDZ-u, jak również w odrębnie złożonym pliku. Odwołujący nie wykazał więc, że spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. W związku z tym Zamawiający pismem z 15 stycznia 2020 r. wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia Części IV lit C (pkt 2) JEDZ. Odwołujący 20 stycznia 2020 r. udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na w/w wezwanie i załączył do niego zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający potraktował ww. wykaz (zawierający informacje wymagane w pkt 7.1. lit a) tiret dwudzieste SIWZ) jako wymagane uzupełnienie JEDZ-a. Wykaz zawierał imiona i nazwiska pięciu osób przewidzianych przez Odwołującego do realizacji przedmiotu zamówienia na stanowiskach pilarzy i zawierał informację, że podstawą do dysponowania tymi osobami były umowy o pracę.

Tymczasem inny wykonawca tj. K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. S. z własnej inicjatywy przekazał Zamawiającemu w toku postępowania informacje podważające prawdziwość złożonych przez Odwołującego w ww. wykazie informacji. Wykonawca ten, jako członek zarządu EKOLAS Sp. z o.o. poinformował Zamawiającego, że osoby wymienione w wykazie nie były pracownikami Odwołującego, gdyż były pracownikami EKOLAS Sp. z o.o. Ponadto, p. K. S. przedłożył oświadczenia p. A. W., p. A. F., p. A. M. z 24 stycznia 2020 r. które dowodziły, że osoby te nie podpisywały z Odwołującym żadnej umowy o pracę oraz że nie podpisywały zwolnienia z EKOLAS Sp. z o.o. Z dalszej korespondencji przekazanej Zamawiającemu przez p. S. wynikało, że EKOLAS Sp. z o.o. w imieniu, której jako Prezes Zarządu działał p. W. B. (Odwołujący) rozwiązała z ww. osobami umowy o pracę. Dla Zamawiającego zastanawiające było, jak wskazane wyżej osoby podpisały w dniu 20 stycznia 2020 r. rozwiązania umów o pracę z EKOLAS Sp. z o.o. za porozumieniem stron, podczas gdy w dniu 24 stycznia 2020 r. oświadczyły, że żadnego zwolnienia z EKOLAS Sp. z o.o. nie podpisywały i nie zawarły żadnych umów z p. W. B. . Zamawiający 5 lutego 2020 r. otrzymał oświadczenie p. A. M., z którego wynikało, że rozwiązanie umowy o pracę za porozumieniem stron datowane na dzień 20 stycznia 2020 r. faktycznie zostało złożone 4 lutego 2020 r., a także, że Odwołujący 4 lutego 2020 r. zorganizował z ww. osobami spotkanie, na którym zmuszał je do

podpisywania umów o pracę z datą wsteczną.

Na dowód powyższych faktów Zamawiający wskazał następującego dowody:

1. Pismo p. K. S. z 29 stycznia 2020 r. do Zamawiającego wraz z załącznikami,
2. Pismo p. K. S. z 3 lutego 2020 r. do Zamawiającego wraz z załącznikami,
3. Pismo p. K. S. z 7 lutego 2020 r. do Zamawiającego,
4. Dołączone do Odwołania rozwiązania umów o pracę na mocy porozumienia stron z p. A. W., p. A. F. oraz p. A. M.,
5. Pismo p. K. S. z 5 lutego 2020 r. do Zamawiającego wraz z załącznikami,
6. Pismo p. K. S. z 6 lutego 2020 r. do Zamawiającego wraz z załącznikami,
7. Notatka służbowa Zamawiającego z 5 lutego 2020 r.

Z uzyskanych przez Zamawiającego od p. K. S. informacji wynikało, że wbrew oświadczeniu złożonemu Zamawiającemu w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, Odwołujący nie dysponował na podstawie umowy o pracę wszystkimi osobami wskazanymi na stanowisko drwal-pilarz, a tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd. Zamawiający, aby dołożyć należytej staranności przy ocenie oferty Odwołującego niezwłocznie po otrzymaniu informacji przekazanych mu przez p. K. S. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W wezwaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, iż spowodowane było ono powziętymi wątpliwościami, co do zgodności z prawdą informacji zawartych w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający dał Odwołującemu możliwość wykazania w toczącym się postępowaniu swojej rzetelności i prawdziwości złożonych oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wyjaśnienia Odwołującego tylko potwierdziły, że podane przez niego w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia informacje (traktowane jako uzupełnienie JEDZ-a) były niezgodne z prawdą. Z wyjaśnień wynikało, że na dzień złożenia wykazu Odwołujący nie miał zawartych umów o pracę z p. A. M., A. F., A. W. . Umowy o pracę z ww. osobami Odwołujący podpisał dopiero 25 stycznia 2020 r. czyli po terminie złożenia wykazu. Odwołujący składając więc w dniu 20 stycznia 2020 r. wykaz wiedział, że nie ma zawartych z w/w osobami umów o pracę, a mimo to oświadczył, że nimi dysponuje na podstawie umów o pracę, czym wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, iż co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący został już raz wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunku dotyczącego osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zamawiającemu wskazał, że nie chodzi w tym

przypadku o wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 3 lutego 2020 r., do którego odwołał się Odwołujący, ale o wezwanie z 15 stycznia 2020 r. do uzupełnienia JEDZ-a w Części IV lit C (pkt 2). Odwołujący zobowiązany był, w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, podać w ww. części JEDZ informacje nt. danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych przez nich czynności, posiadanych uprawnień oraz podstawy dysponowania. Tymczasem w złożonym wraz z ofertą JEDZ-u, poza ogólną informacją o zastrzeżeniu danych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w Części IV lit C (pkt 2) JEDZ nie było żadnych innych informacji. Z tego względu Odwołujący pismem z 15 stycznia 2020 r. został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia JEDZ. Tym samym Zamawiający nie może drugi raz wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. W jego ocenie czynność była prawidłowa, jako konsekwencja odrzucenia z postępowania obydwu złożonych w ramach Pakietu II ofert.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Przystąpienie do postępowanie odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. S. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Nabyszycach, G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Handel-Pośrednictwo-Usługi G. S. z siedzibą w Boduszewie oraz K. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług K. C. z siedzibą w Henrykowicach Gajówce (Konsorcjum Forest). Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej 28 lutego 2020 r. Zgłaszający przystąpienie o wniesionym przez Odwołującego odwołaniu został poinformowany 25 lutego 2020 r., zatem zgłoszenie przystąpienia zostało dokonane z

zachowaniem trzydniowego terminu o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp. Badając skuteczność zgłoszonego przystąpienia Izba ustaliła, że 28 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o odrzuceniu oferty Konsorcjum Forest wskazując m. in.: „Mając powyższe na uwadze należy uznać, że oferta Konsorcjum Forest powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP — jako niezgodna z ustawą tj. art. 10a ust. 5 ustawy PZP — albowiem wykonawca nie opatrzył przedłożonego Zamawiającemu formularza Oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów tj. art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 78¹ § 1 Kodeksu cywilnego, w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy PZP — oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Ustawa PZP w art. 10a ust. 5 ustawy PZP taki właśnie rygor przewiduje. Z kolei zgodnie z art. 78¹ § 1 Kodeksu cywilnego, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Konsorcjum Forest nie skorzystało z przysługującego mu środka ochrony prawnej i nie wniosło odwołania od powyższej decyzji Zamawiającego. Wobec powyższego, po upływie terminu do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp czynność odrzucenia z postępowania oferty Konsorcjum Forest stała się ostateczna.

Art. 185 ust. 2 zd. pierwsze Pzp stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Tym samym podmiotem uprawnionym do przystąpienia do postępowania odwoławczego jest tylko wykonawca, którym zgodnie z art. 2 pkt 11 Pzp jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Status wykonawcy uzależniony jest zatem od konkretnego etapu postępowania. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia znajduje się obecnie w fazie po upływie terminu składania ofert, zatem status wykonawców w postępowaniu mają jedynie te podmioty, których oferty wciąż są obecne w postępowaniu. Oferta Konsorcjum Forest została skutecznie odrzucona z postępowania, zatem wraz z uprawomocnieniem się decyzji Zamawiającego o odrzuceniu tej oferty, Konsorcjum Forest utraciło status wykonawcy w postępowaniu. W konsekwencji Izba uznała, że Konsorcjum Forest nie znajduje się w kręgu podmiotów uprawnionych do przystąpienia do postępowania odwoławczego - skuteczne odrzucenie oferty wykonawcy zmienia jego status z uczestnika

postępowania o udzielenie zamówienia na status analogiczny jak podmiotu, który nie złożył oferty w postępowaniu. W konsekwencji, na podstawie art. 185 ust. 2 Pzp, Izba postanowiła nie dopuścić Konsorcjum Forest do postępowania odwoławczego.

Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

W punkcie 6.2 ppkt 3 lit. a SIWZ Zamawiający postawił w części dotyczącej Pakietu II następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: „Warunek ten, w zakresie potencjału technicznego, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować co najmniej 5 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141, dalej: Rozporządzenie BHP) lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej”.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w JEDZ wykonawcy mieli podać m. in. informacje nt. ilości osób które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 Rozporządzenia BHP lub posiadających odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej. W odpowiedniej części JEDZ należało podać informacje na temat danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych przez nich czynności, posiadanych uprawnień (jeżeli były wymagane) oraz podstawy dysponowania, a w stosunku do osób nadzoru należało podać również ich wykształcenie. Ponadto, na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wykonawca miał złożyć wykaz osób, skierowanych do realizacji zamówienia, w szczególności osób odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, posiadanych uprawnień (jeżeli były wymagane), wykształcenia (w stosunku do osób nadzoru) niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania. Wzór ww. wykazu osób stanowił załącznik nr 11 do SIWZ i zawierał następującą treść: „W związku ze złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego

na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa (...) w roku (...), Pakiet (...) Ja niżej podpisany (...) działając w imieniu i na rzecz (...) oświadczam, że Wykonawca którego reprezentuję dysponuje następującymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia”. Dalszą część załącznika stanowiła tabela licząca pięć kolumn:

1. L.p.;
2. Imię i nazwisko;
3. Zakres wykonywanych czynności;
4. Kwalifikacje zawodowe. Uprawnienia;
5. Podstawa do dysponowania osobami.

W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w SIWZ nie został wprowadzony wymóg udowodnienia podawanych informacji. Zamawiający wymagał podania informacji dotyczących między innymi podstaw dysponowania przez wykonawcę osobami skierowanymi do realizacji przedmiotu zamówienia, ale nie żądał żadnych dokumentów na potwierdzenie prawdziwości tych informacji – weryfikacja odbywać się miała wyłącznie na podstawie oświadczeń wykonawców.

15 stycznia 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego, do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią wezwania Odwołujący złożyć miał m. in. dokumenty potwierdzające, że Odwołujący dysponuje co najmniej 5 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 Rozporządzenia BHP lub posiadają odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej. Tym samym pismem Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia JEDZ w części IV lit. A punkt 1 i lit. C punkt 2. W odpowiedzi Odwołujący złożył m. in. zgodny z załącznikiem nr 10 do SIWZ wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia. W wykazie tym Odwołujący oświadczył, że podstawą do dysponowania każdą z osób przewidzianych do realizacji zadania na stanowisku pilarza są umowy o pracę.

28 stycznia 2020 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o odrzuceniu z postępowania oferty Konsorcjum Forest. Konsorcjum Forest nie odwołało się od tej czynności. 29 stycznia 2020 r. p. K. S. – osoba umocowana do reprezentacji Konsorcjum Forest w postępowaniu, przekazał Zamawiającemu pierwsze informacje dotyczące nieprawidłowości w wykazie osób złożonym przez Odwołującego. Izba potwierdza, że chronologia przekazywania Zamawiającemu kolejnych informacji przez p. S. oraz ich treść jest zgodna z opisem zawartym w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie. 5 lutego 2020 r., zgodnie z notatką służbową Zamawiającego z tego samego dnia,

w siedzibie Zamawiającego stawili się osobiście: p. K. S., p. A. M. i p. K. C. . Zgodnie z treścią ww. notatki „w trakcie spotkania Pan A. M. poinformował o tym, że:

3) 4 lutego 2020 r. o godzinie 17.00, na spotkanie zorganizowanym przez Pana W. B., w którym uczestniczyli R. Z., A. W., A. F. i K. Ś., był zastraszany przez Pana W. B. tym, że jak nie podpisze przedłożonej mu umowy o pracę to nie będzie ubezpieczony w ZUS, też pozostali pracownicy spółki Ekolas sp. z o.o. nie będą ubezpieczeni. Pan W. B. nie chciał wypuścić Pana dopóki nie podpisze dokumentów. Nadto nie wydał mu podpisanych dokumentów.

4) Na początku stycznia 2020 r. Pan W. B. zapowiadał mu i innym pracownikom Ekolas sp. z o.o., że na 99% wygrał przetarg w Nadleśnictwie Antonin na Pakiet 2 na usługi leśne na rok 2020 i w ciągu tygodnia zawrze z nimi umowy o pracę.

5) Od razu po spotkaniu Pan A. M. zawiadomił o zdarzeniu z 4 lutego 2020 r. Pana K. S.". Opierając się na treści notatki oraz opisu chronologii zdarzeń przedstawionego przez Strony w toku rozprawy Izba uznała, że w spotkaniu w siedzibie Zamawiającego 5 lutego 2020 r. nie uczestniczył żaden przedstawiciel Odwołującego. 8 lutego 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i wskazał: „wobec powziętych wątpliwości co do zgodności z prawdą dokumentu Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wzywam do wyjaśnień dotyczących kwestionowanych informacji zawartych w tym wykazie, w szczególności poprzez wyjaśnienie:

1. Czy pracownicy K. Ś., A. M., A. F. oraz A. W. mają podpisane umowy o pracę z wykonawcą W. B.,
2. Kto jest faktycznym pracodawcą K. Ś., A. M., A. F. oraz A. W., tj. z kim ww. pracownicy mają zawartą umowę o pracę, na którą powołuje się w wykazie osób wykonawca W. B.,
3. Na jakiej podstawie wykonawca W. B. dysponuje pracownikami K. Ś., A. M., A. F. oraz A. W.,
4. Wskazania daty zawarcia umów o pracę z pracownikami wskazanymi w ramach Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Z informacji uzyskanych w toku postępowania oraz przedłożonych wraz z nimi dowodów wynika, że osoby wskazane przez wykonawcę W. B. w ramach przedłożonego przez niego celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia tj. K. Ś., A. M., A. F. oraz A. W. nie są pracownikami wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe W. B., a pracownikami innego podmiotu trzeciego,

tj. Spółki Ekolas spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przygodzicach (okazano Nadleśnictwu umowy o pracę), oraz nie są zobowiązani wobec wykonawcy W. B. na jakiegokolwiek innej podstawie do realizacji przedmiotowego zamówienia (okazano Nadleśnictwu oświadczenia ww. pracowników)". Zamawiający nie przekazał Odwołującemu kopii pism oraz dokumentów, które Zamawiający otrzymał od p. K. S. .

Odwołujący w odpowiedzi z 6 lutego 2020 r. i wskazał: „W odpowiedzi na wezwanie z dnia 3 lutego 2020 r. niniejszym wyjaśniam, że:

1. Pracownicy K. Ś., A. M., A. F. oraz A. W. mają podpisane umowy o pracę z wykonawcą W. B. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe W. B.,
2. Faktycznym pracodawcą K. Ś., A. M., A. F. oraz A. W. jest W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe W. B. . Wyżej wymienieni pracownicy mają podpisane umowy o pracę z W. B. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe W. B. .
3. W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe W. B. dysponuje pracownikami K. Ś., A. M., A. F. oraz A. W. na podstawie zawartych umów o pracę.
4. Umowy o pracę z poszczególnymi osobami zostały podpisane:
 - a. z Panem K. Ś. w dniu 14 stycznia 2020 r.,
 - b. z Panem A. M. w dniu 25 stycznia 2020 r.,
 - c. z Panem A. F. w dniu 25 stycznia 2020 r.,
 - d. z Panem A. W. w dniu 25 stycznia 2020 r.

Wymienione wyżej osoby zakończyły pracę w spółce Ekolas Sp. z o.o. odpowiednio:

- a. Pan K. Ś. w dniu 13 stycznia 2020 r.,
- b. Pan A. M. w dniu 20 stycznia 2020 r.,
- c. Pan A. F. w dniu 20 stycznia 2020 r.,
- d. Pan A. W. w dniu 20 stycznia 2020 r.

W załączeniu przekazuję zanonimizowane kopie umów o pracę poświadczające, że wymienione wyżej osoby są pracownikami W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ekolas Przedsiębiorstwo Usługowe W. B. . Ponadto w załączeniu przekazuję dowody potwierdzające zgłoszenie przez W. B. pracowników do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz wykaz osób zatrudnionych i zwolnionych w spółce Ekolas Sp. z o.o.". 12 lutego 2020 r. Odwołujący został powiadomiony o odrzuceniu jego oferty z postępowania w zakresie Pakietu II przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty zostało dokonane na podst. art. 24 ust. 4 Pzp, w konsekwencji uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wprowadził Zamawiającego w błąd,

a w konsekwencji powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty (zachowując logikę oraz ciąg przyczynowo-skutkowy zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego) Zamawiający oparł się na informacjach przekazanych mu przez p. Szycha, a nie uwzględnił wyjaśnień i załączonych do nich kopii umów o pracę przekazanych przez Odwołującego.

W ocenie Izby działania Zamawiającego były nieprawidłowe i stanowiły rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz przejrzystości postępowania.

Biorąc pod uwagę regulacje SIWZ dotyczące oczekiwanego przez Zamawiającego sposobu wykazania przez wykonawców spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej działania Odwołującego były – co do zasady – prawidłowe. Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnego postanowienia obligującego wykonawców do wskazania różnych podstaw do dysponowania osobami w sytuacji, gdy osoby są pracownikami wykonawcy albo umowy o pracę z tymi osobami dopiero zostaną zawarte. W tej sytuacji, w ocenie Izby, Odwołujący prawidłowo wskazał jako podstawę do dysponowania osobami jako „umowy o pracę” mimo, że na dzień składania ofert, osoby wskazane w wykazie nie były jeszcze pracownikami Odwołującego. Odwołujący nigdzie nie wskazał, by miał zawarte umowy o pracę z tymi osobami już na etapie składania ofert, nie zataił również tego faktu w wyjaśnieniach z 6 lutego 2020 r. Dokumenty złożone wraz z wyjaśnieniami z 6 lutego potwierdzały fakt dysponowania przez Odwołującego pięcioma pilarzami – Odwołujący złożył kopie czterech zanonimizowanych umów o pracę oraz złożył listę osób na rzecz których płaci składki ZUS jako pracodawca, gdzie z kolei znajdowała się również piąta osoba wskazana w przedmiotowym wykazie. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z 3 lutego 2020 r. wyraźnie zapytał Odwołującego o cztery osoby z wykazu i na potwierdzenie dysponowania tymi osobami Odwołujący przedstawił kopie umów o pracę. Tym samym wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu i wykazał to w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. W tej sytuacji brak było podstaw do uznania, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie brak było podstaw do uznania, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd.

W zakresie jakim Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia wyjaśnień Odwołujący w prawidłowy sposób przedstawił informacje mające dowodzić spełnienia przez niego przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie mógł ustosunkować się do zarzutów p. K. S., ponieważ Zamawiający nie przekazał Odwołującemu kompletu informacji oraz dokumentów pochodzących od p. S. . Tym samym Odwołujący nie był świadomy jakiego rodzaju zarzuty zostały mu postawione, nie mógł tym samym w odpowiedni sposób się do nich ustosunkować. W toku rozprawy Zamawiający przyznał,

że oceniając prawdziwość oświadczeń Odwołującego wziął pod uwagę informacje przekazywane mu przez p. K. S.. Zamawiający pominął jednak fakt, że p. S. nie był zobligowany do mówienia prawdy. Nie oznacza to automatycznie, że informacje od p. S. były nieprawdziwe, ale Zamawiający powinien wykazać się daleko posuniętą ostrożnością podczas ich oceny, szczególnie, że nie ulegało wątpliwości, iż pomiędzy Odwołującym, a panem K. S. istnieje ostry konflikt. Zamawiający oparł się na informacjach, które niekoniecznie były istotne dla realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia. Z punktu widzenia Zamawiającego istotne powinno być to, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, tj. faktycznie dysponuje bądź będzie dysponował odpowiednią ilością osób spełniających wymogi SIWZ. Jednostronna i nieudowodniona relacja p. K. S. dotycząca okoliczności, w jakich Odwołujący miał pozyskać pracowników może dowodzić zaistnienia zdarzeń, które mogą być przedmiotem ewentualnego sporu sądowego między Odwołującym, a innymi podmiotami.

Zamawiający miał obowiązek zweryfikować spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę tj. w tym przypadku - dysponowanie przez Odwołującego osobami wskazanymi w wykazie, nie zaś sposób w jaki Odwołujący uzyskał podstawę do dysponowania tymi osobami, która to z kolei okoliczność powinna być przedmiotem oceny Zamawiającego, co do ewentualności zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że informacje przedstawione przez p. K. S. mogły budzić uzasadnione obawy Zamawiającego, co do realności dysponowania przez Odwołującego osobami wskazanymi w wykazie, ale Zamawiający nie mógł tych informacji uznać za prawdziwe bez ich należytej i wszechstronnej weryfikacji.

W konsekwencji Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp jako oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp była nieprawidłowa. Zamawiający wskazał odrzucenie oferty Odwołującego jako samoistną czynność dokonaną w postępowaniu, a nie jako konsekwencję wykluczenia Odwołującego z postępowania. Art. 24 ust. 4 Pzp stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Uznać zatem należy, że odrzucenie oferty jest automatyczną konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie wymaga odrębnej czynności zamawiającego. Tymczasem analiza treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z 12 lutego 2020 r. wskazuje, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na wykluczenie Odwołującego z postępowania, które powinno nastąpić na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp. Ze względu zatem na domniemany charakter czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w sentencji

wyroku zawarty został nakaz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakaz unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający zaniechał obowiązku dodatkowego wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z przyczyn i w zakresie przedstawionym w uzasadnieniu odwołania. Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp podlegał oddaleniu.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutów nr 1 i 2 jest uznanie zarzutu nr 4 za zasadny. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego i wykluczył Odwołującego z postępowania. Tym samym nie doszło do wypełnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....