

Sygn. akt KIO/UZP 1217/10

WYROK
z dnia 5 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Emil Kawa
Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** protestu z 27 maja 2010 r.,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: PU TOMBOR C. Toman, J. Toman Sp. J., Konsalnet S.A., Konsalnet Security Sp. z o.o., Konsalnet Konwój Sp. z o.o., Konsalnet System Sp. z o.o., 40-657 Katowice, ul. Zbożowa 38** oraz **Konsorcjum: DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., DERSŁAW Sp. z o.o., PU GOS – ZEC Sp. z o.o., 59-220 Legnica, ul. NMP 5e** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje w zakresie części III unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** na rzecz wykonawcy **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18.**

Uzasadnienie

Zamawiający Katowicki Holding Węglowy, ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług ochrony osób i mienia oraz fizycznego zabezpieczenia obszarów, obiektów i urządzeń Kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i 219, poz. 1706), zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

23.01.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 16-022042.

20.05.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy:
 - a) cz. I – wykonawca konsorcjum „TOMBOR”,
 - b) cz. II – wykonawca konsorcjum „TOMBOR”,
 - c) cz. III – wykonawca konsorcjum DGP;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy konsorcjum EZT.

27.05.2010 r. wykonawca konsorcjum Impel Security Polska sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, Impel Security Provider sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław wniósł:

- l) protest na wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 20 maja 2010 roku część III zamówienia: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia oraz fizycznego zabezpieczenia obszarów, obiektów i urządzeń KWK „Murcki-Staszic”, KWK „Wieczorek” przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne”.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieodrzućenie oferty wykonawcy konsorcjum DGP, której treść nie odpowiada specyfikacji;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez nieuprawnione zmiany w treści oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum DGP;

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum DGP, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Protestujący wniósł o:

- 1) uchylenie kwestionowanych czynności;
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy konsorcjum DGP, jako oferty, której treść nie odpowiada specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp;
- 3) unieważnienie czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy konsorcjum DGP, jako nieuprawnionej i niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych;
- 4) dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spełniającej wymogi zawarte w specyfikacji;

a w razie nieuwzględnienia tych żądań odwołujący wniósł o:

- 1) uchylenie kwestionowanych czynności;
- 2) wykluczenie wykonawcy konsorcjum DGP, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 3) dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spełniającej wymogi zawarte w specyfikacji.

II) protest na wybór najkorzystniejszej oferty na:

- 1) część I zamówienia: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia oraz fizycznego zabezpieczenia obszarów, obiektów i urządzeń KWK „Mysłowice-Wesoła” przez specjalistyczne uzbrojone formacie ochronne”;
- 2) część II zamówienia: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia oraz fizycznego zabezpieczenia obszarów, obiektów i urządzeń KWK „Wujek” przez specjalistyczne uzbrojone formacie ochronne”.

Protestujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowe „TOMBOR” Celina Toman, Jerzy Toman sp.j., który w złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Protestujący wnosi o:

- 1) uchylenie kwestionowanych czynności;
- 2) wykluczenie wykonawcy Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowe „TOMBOR” Celina Toman, Jerzy Toman sp.j., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

- 3) ponowne dokonanie przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty na I i II część zamówienia spośród ofert spełniających wymogi stawiane przez specyfikację.

Argumentacja protestującego

I. 1. Pismem z 20.05.2010 r. zamawiający poinformował protestującego o wyborze oferty wykonawcy konsorcjum DGP, jako oferty najkorzystniejszej.

Protestujący po analizie ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, powziął przekonanie, iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia ofert, których treść nie odpowiada wymogom specyfikacji.

Zamawiający w specyfikacji (rozdział I ust. 1 pkt 6.1 ppkt 4 na stronie 5 specyfikacji) zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez te osoby czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 6 do specyfikacji), a w tym co najmniej:

- dla części I – 126 z licencją I°, 6 z licencją II° oraz 3 bez licencji,
- dla części II – 108 z licencją I°, 6 z licencją II° oraz 16 bez licencji,
- dla części III – 161 z licencją I°, 9 z licencją II° oraz 34 bez licencji.

Wykonawca konsorcjum DGP złożył wraz z ofertą załącznik nr 6, w którym (strony od 211 do 239 oferty) wskazał osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu III części zamówienia.

Analiza załącznika pozwala stwierdzić, że wykonawca ten wskazał 185 osób posiadających licencje pozwalające świadczyć usługi ochrony osób i mienia.

Wśród wskazanych przez tego wykonawcę 185 licencjonowanych osób znalazło się 17 osób, które nie są u niego zatrudnione na dzień składania ofert (tj. 03.03.2010 r.). W szczególności nie są to osoby zatrudnione na umowę o pracę jak wskazuje wykonawca.

17 wymienionych imiennie przez protestującego osób* zostało przez wykonawcę wskazane bezpodstawnie i niezgodnie ze stanem faktycznym.

Jednolite poglądy doktryny oraz utrwalone orzecznictwo wskazują, iż spełnianie warunków udziału w postępowaniu ocenia się na dzień składania ofert. Jako załączniki, protestujący przekazał oświadczenia ww. 17 osób, z których jednoznacznie wynika, że na dzień składania ofert osoby te nie były zatrudnione u któregośkolwiek z członków konsorcjum DGP (załączniki 1-17).

Wskazuje to jednoznacznie na fakt, że wykonawca konsorcjum DGP nie dysponował na dzień składania ofert 170 licencjonowanymi pracownikami ochrony do realizacji III części

zamówienia (161 z licencją I^o, 9 z licencją II^o). Po odjęciu od 185 wykazanych przez wykonawcę licencjonowanych pracowników liczby 17 pracowników wykazanych bezpodstawnie okazuje się, że wykonawca konsorcjum DGP posiadał na dzień składania ofert jedynie 168 licencjonowanych pracowników tj. o 2 osoby za mało, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu wskazane na stronie 5 specyfikacji (rozdział I, ust. 1, pkt 6.1, ppkt 4) dla części III zamówienia.

W ocenie protestującego uzasadnia to żądanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum DGP w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności oferty z treścią specyfikacji.

2. Wątpliwości protestującego wzbudza również dokonana przez zamawiającego czynność poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy konsorcjum DGP na część III zamówienia.

Wykonawca ten złożył formularz ofertowy, w którym zaoferował realizację III części zamówienia za cenę 17.119.345,68 zł brutto w tym:

- cena netto w wysokości 14.032.250,56 zł,
- VAT w wysokości 4.110.706,26 zł.

Zamawiający dokonał korekty oferowanej kwoty VAT (rozstrzygnięcie z 20.05.2010 r.), ustalając wartość VAT na poziomie 3.087.095,12 zł. W ocenie protestującego jest to działanie niedopuszczalne.

Utrwalone poglądy doktryny i orzecznictwa wskazują, iż poprawienie omyłki nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Czynność zamawiającego spowodowała diametralną zmianę oferowanej przez wykonawcę konsorcjum DGP ceny, która jest kryterium jedynym i decydującym, a składa się z: ceny netto, brutto i VAT. Zmiana ceny jest istotną zmianą treści oferty. Potwierdza to orzeczenie KIO 890/09 z dnia 27 lipca 2009 roku (LEX nr 511913): „O istotnej zmianie treści oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy”.

Zamawiający wskazał w dziale I ust. 12, pkt 12.2 strona 11 specyfikacji, że „Cena oferty musi być wyrażona w złotych polskich, podana cyfrowo i słownie, jako cena netto i brutto, z wyodrębnieniem VAT”. Kwota VAT jest elementem wyodrębnionym i podawanym przez wykonawców bezpośrednio do formularza ofertowego. W formularzach ofertowych zamawiający nie przewidział możliwości wyliczania wartości należnego VAT na podstawie działań matematycznych (załączniki 10-12b do specyfikacji) Jednoznaczne orzecznictwo KIO w tym zakresie przesądza, że w takim wypadku niedopuszczalne jest poprawianie oferty przez zamawiającego. Tak wskazała KIO w wyroku z dnia 24 listopada 2009 roku, sygn. akt

KIO/UZP 1444/09: „Stwierdzenie omyłki rachunkowej może mieć miejsce w sytuacji, kiedy przebieg operacji matematycznej może być prześledzony (jest uwidoczniiony w ofercie) i na podstawie reguł rządzących konkretnym działaniem, możliwe jest stwierdzenie błędu w wykonaniu działania. **Nie jest obarczona oczywistą omyłką rachunkową oferta, której cena nie wynika z żadnego działania matematycznego**”.

Powyższe zarzuty potwierdzają, że zastosowanie art. 87 ust. 2 Pzp jest nieuprawnione i w związku z tym protestujący wnosi o unieważnienie tej czynności zamawiającego.

3. W dalszej kolejności należy wskazać, iż wykonawca konsorcjum DGP złożył nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

W załączniku nr 6 wykonawca konsorcjum DGP zawarł dane 17 osób, które nie pozostają w jego dyspozycji na potrzeby realizacji zamówienia, a w szczególności nie są zatrudnione na podstawie umowy o pracę jak wskazano w załączniku nr 6 dołączonego do oferty tego wykonawcy.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „nieprawdziwych informacji”, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pojęcie „prawdy” jest rozumiane tak jak w języku potocznym tj. jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością („faktami” i „danymi”) – wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 10095/99. Wskazanie, iż 17 osób jest w dyspozycji wykonawcy oraz wskazanie jako podstawy tego dysponowania umowy o pracę stoi w sprzeczności z oświadczeniami złożonymi przez te osoby, a więc także ze stanem faktycznym.

Ustawa z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 206, poz. 1591) zmieniła brzmienie treści przepisu art. 24, ust. 2 pkt 3 (wcześniej 24, ust. 2 pkt 2). Zgodnie z nowym brzmieniem (mającym zastosowanie w rozpoznawanym postępowaniu) zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Podstawą wykluczenia jest więc nie tylko informacja, która ma wpływ na wynik postępowania, ale także taka, która może mieć wpływ na wynik postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że informacje podane przez wykonawcę konsorcjum DGP w wykazie załączonym do oferty miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, skoro zamawiający po zapoznaniu się z tymi informacjami stwierdził, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Orzecznictwo KIO (KIO/UZP 372/10) wskazuje, iż nie ma znaczenia czy złożenie nieprawdziwych informacji wynika z winy umyślnej czy też nieumyślnej omyłki wykonawców. Przeciwna interpretacja prowadziłaby do tego, że w większości przypadków art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp byłby co do zasady martwy. Skoro wykonawca jako podmiot profesjonalny zdecydował

się złożyć ofertę oraz podać informacje, to należy przyjąć, iż zostały one podane celowo. Waga informacji podanych w wykazie jest na tyle istotna, że ma wpływ na zakwalifikowanie wykonawcy jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu.

W ocenie protestującego powyższe zarzuty uzasadniają żądanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum DGP na podstawie art. 24, ust. 2, pkt 3 Pzp z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

II. Pismem z 20.05.2010 r. zamawiający poinformował protestującego o wyborze oferty konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe „TOMBOR” Celina Toman, Jerzy Toman sp.j. ul. Zbożowa 38, 40-657 Katowice, Konsalnet SA, ul. Przasnyska 6a, 01-756 Warszawa, Konsalnet Security sp. z o.o., ul. Bytkowska 1B, 40-147 Katowice, Konsalnet Skorpion sp. z o.o., ul. Przasnyska 6a, 01-756 Warszawa; Konsalnet System sp. z o.o., ul. Przasnyska 6a, 01-756 Warszawa, Konsalnet Konwój sp. z o.o., ul. Przasnyska 6a, 01-756 Warszawa; U.P.G. sp. z o.o., ul. Zbożowa 38, 40-657 Katowice jako oferty najkorzystniejszej dla nw. części zamówienia:

– część I zamówienia: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia oraz fizycznego zabezpieczenia obszarów, obiektów i urządzeń KWK „Mysłowice-Wesoła” przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne”;

– część II zamówienia: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia oraz fizycznego zabezpieczenia obszarów, obiektów i urządzeń KWK „Wujek” przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne”.

W ocenie protestującego wykonawca konsorcjum „TOMBOR” – złożyło nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Rozdział I ust. 1 pkt 6.1 ppkt 4 str. 5 specyfikacji zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 6 do specyfikacji), w tym co najmniej:

- dla części I – 126 z licencją I^o, 6 z licencją II^o oraz 3 bez licencji,
- dla części II – 108 z licencją I^o, 6 z licencją II^o oraz 16 bez licencji,
- dla części III – 161 z licencją I^o, 9 z licencją II^o oraz 34 bez licencji.

Wykonawca konsorcjum „TOMBOR” złożył wraz z ofertą załącznik nr 6, w którym wskazał osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu I, II i III części zamówienia.

Wśród osób wskazanych przez tego wykonawcę, na pozycji 279 (strona 721 oferty), znajduje się: Mariusz S., PESEL (...), numer licencji 0032098.

Wykonawca wskazał, iż dysponuje tym pracownikiem, a dodatkowo wskazał, iż podstawą dysponowania jest umowa o pracę. Jest to informacja nieprawdziwa. Załącznik nr 18 do protestu stanowi oświadczenie Pana S., iż na dzień składania ofert nie był zatrudniony u żadnego z członków konsorcjum „TOMBOR”. W szczególności nie jest zatrudniony na podstawie umowy o pracę u tych członków – wbrew oświadczeniu złożonemu na formularzu ofertowym przez tego wykonawcę. Wskazuje to niezbicie, że informacja podana w formularzu ofertowym (załącznik nr 6) jest nieprawdziwa.

Jak wskazano w wywodach dot. części III zamówienia, w postępowaniu obowiązuje znowelizowana treść art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ustawodawca wskazał, iż wykluczeniu z postępowania podlegają – oprócz wykonawców składających nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik postępowania – również wykonawcy, którzy składają nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Dysponowanie określoną liczbą licencjonowanych pracowników było jednym z warunków udziału w postępowaniu (Rozdział I ust. 1 pkt 6.1 ppkt 4 str. 5 specyfikacji). Dlatego też informacje składane w tym zakresie przez wykonawców miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, albowiem od liczby posiadanych pracowników licencjonowanych zależało spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie na wynik postępowania.

Jak wskazuje najnowsze orzecznictwo KIO w tym zakresie (KIO/UZP 372/10) – została obostrzona odpowiedzialność profesjonalnych podmiotów biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i składających w takich postępowaniach ofertę. Nie ma znaczenia umyślność lub też nieumyślność złożenia nieprawdziwej informacji. W szczególności zmieniono przesłanki wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania jako warunek *sine qua non* zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy występował przed nowelizacją treści art. 24 ust. 3 pkt 2 Pzp. W chwili obecnej decydujące znaczenie ma fakt czy nieprawdziwa informacja również mogła mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Nie ulega wątpliwości, iż w postępowaniu podawanie nieprawdziwych informacji w zakresie liczby licencjonowanych pracowników mogło mieć wpływ na wynik postępowania, albowiem zależało od tego spełnienie wymagań specyfikacji w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Dlatego też protestujący uznaje za uzasadnione żądanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum TOMBOR na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania dla wszystkich trzech części, albowiem przedstawił on jedną listę osób dla wszystkich trzech części zamówienia, a co za tym idzie podał nieprawdziwe informacje w ofercie dla każdej z części.

31.05.2010 r. wykonawca konsorcjum TOMBOR oraz wykonawca konsorcjum DGP złożyli w terminie pisma w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

10.06.2010 r. upłynął termin na rozpatrzenie protestu, a zamawiający nie dokonał tego, czyli oddalił protest w całości

(20.05.2010 r. – wybór najkorzystniejszej oferty i odrzucenie ofert;

27.05.2010 r. – protest Impel;

31.05.2010 r. poniedziałek – upływ terminu na wniesienie protestów;

10.06.2010 r. – upływ terminu na rozstrzygnięcie protestu).

17.06.2010 r. wykonawca konsorcjum Impel złożył odwołanie w zasadzie o tej samej treści co protest.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w zasadzie tych samych przepisów co w proteście.

Odwołujący wniósł w zasadzie o to samo co w proteście, rozszerzając zarzuty o obciążenie zamawiającego kosztami, których zestawienie zamawiający złożył na rozprawie.

Argumentacja odwołującego jest taka sama jak w proteście z uzupełnieniem o:

Wbrew twierdzeniom przystępującego, zamawiający w nie miał obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Wynika to z faktu, iż zamawiający stosuje ten przepis, gdy stwierdzi braki dokumentów lub ich wadliwość. Przystępujący złożył wykaz zawierający wymaganą przez specyfikację liczbę osób, którego zamawiający nie był w stanie zweryfikować (1) w zakresie liczby osób i (2) zawartych tam danych. Potwierdza to jednoznaczne orzecznictwo KIO w tym zakresie:

1) Wyrok KIO/UZP 1223/09 z 12 października 2009 roku: „Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 Pzp podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane”;

2) Wyrok KIO/UZP 1004/09 z 19 sierpnia 2009 roku: „Podanie nieprawdziwych informacji nie można uznać za »błąd« podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – jest to samoistna przesłanka wykluczenia (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp)”. Teza zawarta w ww. wyroku KIO jest aktualna również w obecnym stanie prawnym i w rozpoznawanym postępowaniu, gdyż zmieniono jedynie umiejscowienie art. 24 ust. 2 pkt 2 w ustawie (obecnie 24 ust. 2 pkt 3 Pzp), a zmiany w treści nie dotyczą przedmiotu wyroku.

Tezę, iż złożenie nieprawdziwej informacji wyklucza zastosowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdza wyrok KIO z 30 października 2008 roku (KIO/UZP

1120/08): „Aby móc zastosować tryb wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp należy w sposób niebudzący wątpliwości wykluczyć zaistnienie przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp”. Obecnie rolę art. 24 ust. 2 pkt 2 pełni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Dodatkowo orzeczenie KIO/UZP 1098/08 z 24 października 2008 roku powiada: „Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, który można sanować.

Teza o niedopuszczalności wskazania nowej osoby, niewskazanej w ofercie, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może mieć tylko wtedy uzasadnienie, gdy w toku postępowania zostały złożone informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania albo gdy wezwanie do uzupełnienia nastąpiło po raz wtóry”.

Również wyrok KIO z 19 września 2008 roku (KIO/UZP 940/08): „Ustawodawca nie wskazał, jakiego typu błędy kwalifikują dokument do uzupełnienia. Skoro wykonawca popełnił błąd przez wskazanie osoby, w jego ocenie, spełniającej warunki, zamawiający nie ma możliwości oceny charakteru tego błędu”.

Bez znaczenia pozostaje okoliczność podnoszona przez przystępującego, iż wskazane przez niego osoby były u niego wcześniej zatrudnione, albowiem oferta podlega ocenie na dzień jej złożenia. Również fakt, że do złożenia nieprawdziwej informacji doszło w wyniku powielania wykazu kadrowego (jak twierdzi przystępujący) nie ma znaczenia dla oceny działania przystępującego. Przytaczany wyrok KIO/UZP 1223/09 z 12 października 2009 r. rozstrzygnął, że: „Przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutków wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonych przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp”.

W wyroku KIO/UZP 1004/09 z dnia 19 sierpnia 2009 roku zostało stwierdzone: „Podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też złożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich”.

W ocenie odwołującego, powyższe uzasadnia żądanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum DGP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

II. Odnosząc się do przystąpienia z 31 maja 2010 roku odwołujący wskazał, że odwołujący nie podnosił w proteście zarzutu niespełniania warunków udziału w

postępowaniu w stosunku do tego wykonawcy, lecz jedynie zarzut złożenia nieprawdziwej informacji. Dlatego też wywody na temat spełniania warunku należy uznać za chybione.

Bez znaczenia dla postępowania pozostaje fakt zatrudniania przez przystępującego pracownika o imieniu i nazwisku podanym do wykazu tj. Mariusz S.

Jak wskazano w przytoczonych wyżej orzeczeniach KIO:

– w przypadku złożenia nieprawdziwej informacji zamawiający nie ma obowiązku stosowania art. 26 ust. 3 Pzp,

– nie ma znaczenia umyślność lub jej brak przy składaniu nieprawdziwej informacji.

KIO/UZP 1004/09: „Prawo zamówień publicznych nie rozróżnia skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo), dlatego nie ma znaczenia, że wykonawca nie miał zamiaru podawać nieprawdziwych informacji (a właściwie – należy przyjąć, że w każdym wypadku zamierzał podać informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu)”.

Aktualne są też wszystkie wywody zawarte w uzasadnieniu dla części III zamówienia w zakresie składania nieprawdziwych informacji oraz obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów.

18.02.2010 r. zamawiający powiadomił faksem o wniesieniu odwołania.

22.06.2010 r. i 30.06.2010 r. wykonawca konsorcjum „TOMBOR” i wykonawcy konsorcjum DGP przystąpili w terminie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane w proteście, oddaleniu protestu, odwołaniu i stanowiskach podczas rozprawy i dowód wniesiony przez odwołującego w postaci 14 oświadczeń osób wykazanych przez przystępującego DGP na potwierdzenie faktu, że osoby te nie były zatrudnione na podstawie jakiegokolwiek umowy oraz nie wyrażały zgody na dysponowanie tymi osobami do celów rozpoznawanego zamówienia przez przystępującego DGP – skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum DGP w zakresie III części zamówienia, mimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji – zasługuje na akceptację (treść art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*).

Zamawiający w specyfikacji i ogłoszeniu (rozdział I ust. 1 pkt 6.1 ppkt 4 na stronie 5 specyfikacji i sekcja III.2.3 ust. 3 ogłoszenia) zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez te osoby czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 6 do specyfikacji), a w tym co najmniej:

- dla części I – 126 z licencją I^o; 6 z licencją II^o oraz 3 bez licencji,
- dla części II – 108 z licencją I^o; 6 z licencją II^o oraz 16 bez licencji,
- dla części III – 161 z licencją I^o; 9 z licencją II^o oraz 34 bez licencji.

Przystępujący DGP złożył ofertę na II i III część zamówienia. W związku z tym powinien wykazać dysponowanie 269 osobami z licencją I^o, 15 osobami z licencją II^o oraz 50 osobami bez licencji, czyli razem 334 osobami, aby wykazać spełnienie tego warunku. Przystępujący DGP wykazał dysponowanie 359 osobami (dla odwołania bez znaczenia jest posiadanie odpowiednich licencji przez te osoby). Jednak odwołujący udowodnił w proteście, że spośród wykazanych osób przystępujący DGP nie dysponuje w żaden sposób 17 osobami, gdyż osoby te złożyły oświadczenia o treści, cyt.: „Ja xxx, PESEL xxx, oświadczam, że na dzień 03.03.2010 roku nie byłem zatrudniony w nw. podmiotach: Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy przy ul. Najśw. Marii Panny 5e o numerze NIP: 691-20-42-706, Derśław Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu przy ul. Rusczańskiej 24 o numerze NIP: 866-12-87-451, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Gdyńskiej 54 o numerze NIP: 782-19-50-568, zarówno na podstawie umowy o pracę jak i umowy zlecenie, a także innych umów cywilnoprawnych. Oświadczam również, że nie wyrażałem zgody ww. do wykazywania mojej osoby jako będącej w jej dyspozycji na potrzeby postępowań o udzielenie zamówień publicznych”. Następnie na rozprawie odwołujący przedstawił dodatkowe 14 oświadczeń o tej samej treści. Czyli razem odwołujący wykazał, że przystępujący DGP z wykazanych 359 osób w rzeczywistości nie dysponował 31 osobami, które złożyły wyżej zacytowane oświadczenia. A więc globalnie przystępujący DGP składając ofertę na II i III część zamówienia dysponował 328 osobami, podczas gdy powinien dysponować co najmniej 334 osobami, aby wykazać spełnienie warunku zdolności technicznej.

Jak z tego wynika przystępujący DGP nie wykazał spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.3 ust. 3 cz. II i III ogłoszenia. W związku z tym wybór oferty takiego wykonawcy jako najkorzystniejszej stanowi naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, gdyż zamawiający może dokonywać wyboru najkorzystniejszej oferty, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, o czym stanowi art. 24 ust. 4 Pzp, dlatego zarzut naruszenia ustawy ze względu na dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu zasługuje na akceptację, chociaż wskazana przez odwołującego podstawa prawna nie jest właściwa.

Właściwą podstawą prawną wykluczenia przystępującego DGP jest art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznej, określonej w sekcji III.2.3 ust. 3 cz. II i III ogłoszenia.

W związku z tym Izba nakazuje zamawiającemu dokonać unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie wzywał przystępującego DGP do złożenia w wyznaczonym terminie wymaganych w specyfikacji i ogłoszeniu oświadczeń lub dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi: *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.*

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp ustanawia dla zamawiającego bezwzględny nakaz żądania uzupełnienia wskazanych w tym przepisie dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Dlatego Izba po stwierdzeniu, że przystępujący DGP nie spełnił wyżej przytoczonego warunku nakazuje zamawiającemu zastosowanie się do art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do przystępującego DGP. Przystępujący DGP musi wykazać dysponowanie odpowiednią liczbą osób z odpowiednimi licencjami do spełnienia warunku wymaganego dla części II i III zamówienia, gdyż w przypadku wykazania mniejszej liczby osób doszłoby do nieuprawnionej

zmiany treści oferty po terminie składania ofert, co jest niezgodne z art. 84 ust. 1 Pzp, który dopuszcza do zmiany treści oferty, ale tylko przed upływem terminu składania ofert. Art. 84 ust. 1 Pzp brzmi: *Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.*

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez dokonanie nieuprawnionych zmian w treści oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum DGP w zakresie III części zamówienia – nie zasługuje na akceptację (treść art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp – *Zamawiający poprawia w ofercie: (2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona).*

Przystępujący DGP złożył formularz ofertowy, w którym zaoferował realizację III części zamówienia za cenę 17.119.345,68 zł brutto w tym:

- cena netto w wysokości – 14.032.250,56 zł,
- VAT w wysokości – 4.110.706,26 zł.

Zamawiający dokonał korekty oferowanej kwoty VAT (rozstrzygnięcie z 20.05.2010 r.), ustalając wartość VAT na poziomie 3.087.095,12 zł. W ocenie odwołującego jest to działanie niedopuszczalne, gdyż powoduje istotne zmiany w treści oferty. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę faktu, że ustawodawca zrezygnował z narzucania poprawiającemu algorytmu poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych i wobec tego zamawiający może zastosować metodę poprawiania zauważonych omyłek rachunkowych, która jest najwłaściwsza, zdaniem zamawiającego.

Zamawiający mając w ofercie 3 liczby zależne od siebie (kwotę brutto – 17.119.345,68 zł, kwotę netto – 14.032.250,56 zł i kwotę VAT – 4.110.706,26 zł) stwierdził, że oczywista omyłka dotyczy kwoty VAT – 4.110.706,26 zł i zmienił ją na kwotę – 3.087.095,12 zł, gdyż w takim przypadku doprowadzenie rachunku do stanu poprawnego zawęzi się tylko do poprawienia jednej liczby – kwoty VAT. Takie wnioskowanie jest o tyle bardziej uzasadnione od każdego innego, że właśnie dwie pozostałe liczby (kwota brutto i kwota netto) nie zostaną zmienione, a jedna z nich jest liczbą podstawową, na której opiera się całe działanie arytmetyczne.

W praktyce stosowanej przez wykonawców do obliczenia ceny jest ustanowienie liczbą podstawową wartości netto, do której wykonawcy dodają 22% podatku kwoty VAT uzyskując cenę brutto. Drugim sposobem stosowanym w praktyce przez wykonawców do obliczenia ceny jest ustanowienie liczbą podstawową ceny brutto, od której wykonawcy odejmują 22% podatku kwoty VAT uzyskując wartość netto. W związku z tym, że zamawiający nie zmienił żadnej z podstawowych liczb ceny brutto ani wartości netto, zamawiający dostosował

poprawę oczywistej omyłki rachunkowej do obu tych w praktyce stosowanych sposobów podawania ceny brutto i wartości netto oferty.

Izbie nie jest znane, aby w praktyce wykonawca uznał kwotę VAT, jako podstawę do obliczania ceny ofertowej i od tej kwoty VAT obliczał wartość netto, a następnie cenę brutto, a taką teoretyczną możliwość poprawy oczywistej omyłki wskazuje odwołujący, aby podważyć sposób rozumowania zamawiającego przy poprawie omyłki. Oprócz niespotykanego w praktyce sposobu takiego obliczania ceny, gdyż byłby on realnie niemożliwy do zastosowania, Izba wzięła po uwagę, że podążenie za wskazaniem odwołującego – i uznania za podstawę do obliczania ceny ofertowej kwoty VAT – spowodowałoby konieczność zmiany dwóch zawartych w ofercie liczb: wartości netto i ceny brutto.

W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał, że zamawiający wybrał właściwy sposób poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, a sugerowany przez odwołującego sposób poprawy jest w praktyce niemożliwy do zastosowania i wobec tego zarzut nie zasługuje na akceptację.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego DGP, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – nie zasługuje na akceptację.

Zamawiający wymagał w sekcja III.2.3 ust. 3 w zakresie II i III części złożenia wykazu 334 osób z odpowiednimi kwalifikacjami. Przystępujący DGP przedstawił w wykazie osoby, które złożyły następnie oświadczenia, że nie będą one współpracować z tym wykonawcą. Jest to szczegółowo opisane w uzasadnieniu zaakceptowania przez Izbę zarzutu pierwszego dotyczącego oferty przystępującego DGP. Wobec tego, że spośród wykazanych 359 osób odwołujący dowodnie zakwestionował 31 osób, to przystępujący DGP niepodważalnie wykazał tylko 328 osób, zamiast 334 osób wymaganych przez zamawiającego w ogłoszeniu i specyfikacji.

W związku z tym zamawiający musi stwierdzić, że przystępujący DGP w określonym terminie złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, gdyż oświadczenie o dysponowaniu wymaganą liczbą osób zawiera błędy. Wobec tego zamawiający musi zastosować procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 Pzp, czyli zamawiający musi wezwać przystępującego DGP, który w określonym terminie złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Nie jest uprawnione zastosowanie najpierw procedury art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, o co wnosi odwołujący. Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi: *Z postępowania o udzielenie zamówienia*

wyklucza się również wykonawców, którzy: (3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Takie wykluczanie wykonawców powodowałoby niemożliwość uzupełniania ofert zgodnie z przytaczanym art. 26 ust. 3 Pzp, gdzie wyraźnie jest wskazana konieczność wezwania wykonawcy, który w określonym terminie złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, aby w określonym zakresie uzupełnić ofertę.

Dopiero po zastosowaniu procedury uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający będzie mógł rozważyć zasadność wykluczania wykonawców, zgodnie z art. 24 Pzp.

W związku z tym zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego DGP na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest przedwczesny i wobec tego nie zasługuje na poparcie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego TOMBOR, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – nie zasługuje na akceptację.

Przystępujący TOMBOR w załączonym do oferty wykazie wymaganym przez zamawiającego na podstawie rozdziału I ust. 1 pkt 6.1 ppkt 4 na stronie 5 specyfikacji i sekcji III.2.3 ust. 3 ogłoszenia wykazał błędnie jedną osobę, a ponadto przystępujący TOMBOR wykazał znacznie większą liczbę osób niż wymagana do spełnienia warunku postawionego przez zamawiającego.

Odwołujący zarzuca, że błędne wykazanie jednej osoby na spełnienie warunku powinno skutkować wykluczeniem przystępującego TOMBOR, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a więc zamawiający powinien wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przystępujący TOMBOR wykazał znacznie większą liczbę osób, którymi dysponuje do wykazania spełnienia warunku niż wymagana przez zamawiającego.

Zamawiający wymagał dla wszystkich trzech części zamówienia: 416 osób z licencjami i 53 osób bez licencji, przystępujący wykazał 457 osób z licencjami i 60 bez licencji. W związku z tym jedna osoba błędnie wykazana przez tego przystępującego nie wpływa na wybór oferty, czyli rozpoznawana sytuacja nie wypełnia przesłanki wykluczenia przystępującego TOMBOR z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż nieprawdziwa informacja (w zakresie jednej osoby w przypadku, gdy wykonawca przedstawił

znacznie większą liczbę osób niż wymagana przez zamawiającego) nie ma wpływu, ani nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Ponadto w przypadku, gdyby okazało się, że wykonawca nie wykazał minimalnej liczby osób do spełnienia warunku określonego przez zamawiającego, nawet ze względu na błędy w ofercie, zamawiający byłby zobowiązany do zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp, co było omówione wyżej.

Z powyższych względów zarzut nie zasługuje na akceptację.

Z przytoczonych powodów Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

Po rozprawie przystępujący DGP wniósł do Izby pismo, którego treści Izba nie wzięła pod uwagę wydając niniejszy wyrok, gdyż strony mogą składać dowody do zamknięcia rozprawy, co wynika z treści art. 190 ust. 1 Pzp, a przystępujący DGP wniósł pismo 2 lipca 2010 r. czyli po zamknięciu rozprawy, co miało miejsce 30 czerwca 2010 r. Przytaczany przepis art. 190 ust. 1 Pzp brzmi: *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.*

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie ze złożoną kopią faktury VAT.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i 219, poz. 1706) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....