

Sygn. akt KIO/2626/10

WYROK
z dnia 16 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** od czynności zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., 74-105 Nowe Czarnowo, Nowe Czarnowo 76**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Barbara Skawińska, Stanisław Skawiński prowadzący działalność gospodarczą po nazwą UNIKOL RAILWAY WORKSHOP S.C. Barbara Skawińska, Stanisław Skawiński, 66-470 Kostrzyn nad Odrą, ul. Sportowa 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykluczenie przystępujących i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert

2. Kosztami postępowania obciąża **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., 74-105 Nowe Czarnowo, Nowe Czarnowo 76** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **Konsorcjum: PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **PGE Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A., 74-105 Nowe Czarnowo, Nowe Czarnowo 76** na rzecz **Konsorcjum: PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra w Nowym Czarnowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest obsługa manewrowa bocznic kolejowej oraz nadzór i bieżąca konserwacja infrastruktury kolejowej, bocznic Elektrowni Dolna Odra w Nowym Czarnowie.

26 listopada 2010 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Barbarę Skawińską, Stanisława Skawińskiego prowadzących działalność pod firmą UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c. w Kostrzynie nad Odrą (UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c.) – ofertę z najniższą ceną. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PKP CARGO SERVICE Sp. z o.o. w Warszawie oraz PKP CARGO S.A. w Warszawie wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 grudnia 2010 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust 2 pkt 3 p.z.p. w zw. z 5.2.3.2 oraz 5.2.3.3 specyfikacji istotnych warunkach zamówienia - przez zaniechanie wykluczenia UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c, wykonawcy który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie posiadanego personelu oraz dysponowania odpowiednim sprzętem przewidzianym do wykonania przedmiotu zamówienia;

- art. 24 ust 2 pkt 4 p.z.p. - przez zaniechanie wykluczenia – UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c. wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a to w zakresie posiadanego personelu oraz dysponowania odpowiednim sprzętem przewidzianym do wykonania przedmiotu zamówienia;

- art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 p.z.p. w zw. z pkt. 5.2.3.2 specyfikacji w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - przez zaniechanie odrzucenia oferty UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c., pomimo, iż wykonawca ten na etapie uzupełniania oferty na wezwanie zamawiającego, a następnie udzielania wyjaśnień zamawiającemu nie wykazał, aby oferta odpowiadała treści specyfikacji w zakresie m.in. dysponowania odpowiednią ilością pracowników niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia;

- art. 91 ust. 1 p.z.p - przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

- art. 7 ust. 1 p.z.p. - przez nieprzeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 26 ust 3 p.z.p. w zw. z pkt. 9.16.5 i 9.16.4 specyfikacji - przez zaniechanie wezwania UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c. do złożenia brakującego sprawozdania finansowego za rok 2007 od Stanisława Skawińskiego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert, wezwanie UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c. do przedłożenia w trybie art. 26 ust 3 p.z.p. brakujących dokumentów, dokonanie wykluczenia UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c. na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 oraz 4 p.z.p. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy t.j. oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że Pan Jarosław S. i Zbigniew K. wskazani przez UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c. są pracownikami odwołującego tj. PKP CARGO S.A i złożyli oświadczenia w obecności notariusza, iż nie są związani z UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c, ani też z którymkolwiek ze wspólników w/w spółki cywilnej z osobna - jakimkolwiek stosunkiem prawnym, w tym w szczególności stosunkiem pracy - pozwalającym złożyć temu podmiotowi oświadczenia o dysponowaniu ich osobą na potrzeby niniejszego postępowania. Odwołujący podkreślił, że nie może być mowy o przypadkowej zbieżności personaliów tych osób.

Pan Roman P., którzy rzekomo ma być pracownikiem Unikol Railway Workshop s.c jest pracownikiem NKN Usługi kolejowe -Projektowanie, Budownictwo, Transport Sp. z o. o. w Szczecinie i pozostaje jedynie w stosunku pracy z tamtejszą spółką, co potwierdza oświadczenie Prezesa Zarządu tej spółki. Odwołujący ocenił, że działanie Unikol Railway Workshop s.c. stało w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.

Podkreślił, że wykonawcę wraz z ofertą pustego wykazu personelu i złożenie wykazu dopiero po wezwaniu do uzupełnienia, następnie jego modyfikacja, a ponadto zamieszczenie na portalu internetowym ogłoszenia o pracę (zakres poszukiwanych pracowników był tożsamy z osobami niezbędnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia) potwierdza, że Unikol Railway Workshop s.c. poświadczył w sposób świadomy nieprawdę.

Odwołujący wskazał, że Unikol Railway Workshop s.c w wykazie sprzętu przewidzianego do wykonania przedmiotu zamówienia wskazał w wyniku wezwania do uzupełnienia lokomotywę spalinową typu SM 31, o nr rejestracyjnym 025, będącą własnością PKP CARGO S.A., które nie deklarowało jej udostępnienia. Ponadto decyzją Członka Zarządu wyrażono zgodę na postawienie lokomotywy w stan likwidacji i przeniesienie do ewidencji pozabilansowej, czyli przewidziano fizyczną jej likwidację.

Odwołujący podniósł, że Unikol Railway Workshop s.c. nie wykazał, że spełnia warunki ustalone przez zamawiającego na dzień składania ofert - spełnione zostały przesłanki określone w art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 Pzp nakazujące zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy z postępowania.

Zarzucał, że w piśmie z dnia 17 września 2010 r. nie zostały wskazane osoby Dariusza O. oraz Grzegorza J., w ich miejsce wpisano Zygmunta D. oraz Wojciecha C., co stanowi, jak i pośrednio przyzwolenie zamawiającego na powyższe, bezwzględnie naruszenie wskazanej zasady jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnień, a co się z tym wiąże jest przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i nakazu równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że mimo powstania Unikal Railway Workshop s.c. w grudniu 2007 r., to skoro jeden z jej wspólników działał od 1999 r. zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów finansowych jednego z przedsiębiorców składających wspólnie ofertę.

Barbara Skawińska i Stanisław Skawiński prowadzący działalność pod firmą UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s. c 6 grudnia 2010 r. przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty i wywodził, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. winno być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym. Okoliczności faktyczne leżące u podstaw decyzji o wykluczeniu nie powinny budzić żadnych wątpliwości.

Izba uznała, że stanowisko zamawiającego nie stanowi uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Należy zauważyć, że skutkiem uwzględnienia zarzutów odwołania w całości jest powtórzenie lub wykonanie czynności zgodnie z żądaniami odwołania. Skutkiem umorzenia postępowania jest brak sporu między wykonawcą a zamawiającym. W okolicznościach sporu sytuacja taka nie zaistniała. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie uwzględnił zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, nie ustosunkował się do złożonych dowodów, *de facto* nie przesądził w żaden sposób dalszych losów podniesionego zarzutu – wskazując, że może to nastąpić po uzyskaniu wyjaśnień od przystępującego. Takie stanowisko poczytane być może za polemikę z postawionym zarzutem.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony wstępnie podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Po zapoznaniu się z dowodami przedstawionymi przez przystępującego zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a przystępujący wniósł sprzeciw.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 marca 2010 r., pod numerem 2010/S 44 – 064989.

W pkt 5.1. specyfikacji zamawiający ustalił, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu określone w specyfikacji, potwierdzone wymaganymi oświadczeniami lub dokumentami.

Pkt 5.2.3. specyfikacji określa, że wykonawcy winni dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wykonawcy, którzy m.in.:

- dysponują lub będą dysponowali podczas realizacji przedmiotu zamówienia osobami posiadającymi stosowne uprawnienia do wykonania przedmiotu zamówienia (pkt 5.2.3.1 specyfikacji);

- dysponują lub będą dysponowali podczas realizacji przedmiotu zamówienia odpowiednim sprzętem przewidzianym do wykonania zamówienia, a w tym minimum trzema lokomotywami spalinowymi o mocy nie mniejszej niż 800 KM każda.

W celu potwierdzenia spełnienia warunków wykonawca zobowiązany był złożyć m.in. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami (na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do specyfikacji) oraz wykaz niezbędnego do wykonania zamówienia sprzętu na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do specyfikacji).

Pkt 5.2.4.1. przywołuje brzmienie art. 26 ust. 2 b p.z.p.

Przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz personelu nie zawierający żadnych danych z dopiskiem, że wykonawca będzie dysponował pełnym składem personelu przewidzianego do wykonania zamówienia, którego skład zostanie podany przed podpisaniem umowy oraz rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia.

Wykaz sprzętu nie zawierał wymaganych danych dotyczących trzeciej lokomotywy, zawierał natomiast dopisek analogiczny do wykazu personelu.

Pismem z 3 września 2010 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wykazów.

Przystępujący w wyznaczonym terminie pismem z 7 września 2010 r. złożył wymagane oświadczenia.

W wykazie personelu wskazani zostali m.in. Panowie Jarosław S., Zbigniew Ko., Roman P., Dariusz O. oraz Grzegorz J. – jako tytuł do dysponowania wymienionymi osobami wskazana została umowa. Wykaz sprzętu wskazuje m.in. lokomotywę SM 31,025.

Pismem z 15 września 2010r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień co do podstawy dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia.

W odpowiedzi z 17 września 2010 r. przystępujący złożył nowy wykaz osób, w którym w miejsce Panów Dariusza O. oraz Grzegorza J. wskazał Panów Zygmunta D. oraz Wojciecha C. Oświadczył również, że wymienionymi osobami dysponuje na podstawie umowy o pracę, za wyjątkiem Romana P. (umowa zlecenia).

Powyższe Izba ustaliła na podstawie specyfikacji, oferty przystępującego oraz przywołanych wezwań i odpowiedzi.

Do odwołania załączone zostały:

1. oświadczenia złożone w obecności notariusza przez Panów Jarosława Sz. i Zbigniew K., zgodnie z którym:
 - są oni pracownikami PKP CARGO S.A.- pozostają w jedynym stosunku pracy z tym pracodawcą;
 - na podstawie odrębnej umowy obowiązuje ich zakaz konkurencji w trakcie trwania tegoż stosunku pracy;
 - nie świadczą pracy na podstawie jakiegokolwiek innego stosunku pracy lub innego stosunku cywilnoprawnego na rzecz jakiegokolwiek innego podmiotu trzeciego;
 - nie podpisali jakiegokolwiek umowy przedwstępnej z jakimkolwiek innym podmiotem trzecim;
 - nie są związani z UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c ani też z którymkolwiek ze współników z osobna - jakimkolwiek stosunkiem prawnym, w tym w szczególności stosunkiem pracy - pozwalającym złożyć temu podmiotowi oświadczenia o dysponowaniu ich osobą na potrzeby postępowania.
 2. oświadczenie Prezesa Zarządu NKN Usługi Kolejowe Projektowanie, Budownictwo, Transport Sp. z o. o. z 17 września 2010 zgodnie z którym Pan Roman P., jest pracownikiem NKN Usługi kolejowe -Projektowanie, Budownictwo, Transport sp. z o. o. z Szczecinie i pozostaje w stosunku pracy jedynie z tamtejszą spółką.
 3. decyzję nr 54 Członka Zarządu ds. Eksploatacyjnych PKP CARGO S.A. z dnia 01 lipca 2010 r. w sprawie likwidacji składnika majątku spółki o wartości nie przekraczającej 100.000,00 zł wyrażono zgodę na wykreślenie przedmiotowej lokomotywy (tj. pojazdu trakcyjnego SM31 - 025 będącego na stanie PKP CARGO S.A. Śląskiego Zakładu Spółki) z rejestru pojazdów kolejowych, zdjęcie z ewidencji środków trwałych, postawienie w stan likwidacji i przeniesienie do ewidencji pozabilansowej;
 4. oświadczenie z dnia 7 października 2010 r. Pan Marek S. - Zastępca Dyrektora Zakładu ds. Technicznych i Utrzymania Taboru potwierdził powyższą okoliczność
- Izba uznała je za dokumenty o charakterze prywatnym i zaliczyła w poczet materiału dowodowego.
- Numery i daty świadectw Pana Jarosława S. oraz Romana P. wskazane w wykazie osób są tożsame z numerami świadectw podanymi przez Unikal Railway Workshop s.c w wykazie osób z dnia 7 września 2010 r.

W czasie rozprawy strony złożyły dokumenty zaliczone przez Izbę w poczet materiału dowodowego:

1.odwołujący:

- umowę dotyczącą lokomotywy SM 31, 025 zawartą między przystępującym a Przedsiębiorstwem „TORO” Piotr Kowalski Spółka komandytowa w Zielonej Górze, które oświadczyło, że jest jej właścicielem;
- przedwstępne umowy zawarte z osobami wymienionymi w wykazie za wyjątkiem Panów Jarosława S. oraz Zbigniewa K.

2. zamawiający – książkę spalinowego pojazdu trakcyjnego SM31-025 zawierającą informację, że lokomotywa została 1 stycznia 2009 r. przydzielona na stałe do PKP CARGO S.A. Śląski Zakład Spółki. oraz 1 lipca 2010 r. skreślona z rejestru pojazdów kolejowych.

Wymieniony materiał dowodowy jest wystarczający dla wydania orzeczenia. Izba nie dopuściła dowodu z zeznań świadków – Pana Jarosława S. oraz Zbigniewa K., mając na względzie również, że zeznania stanowiłyby potwierdzenie okoliczności stwierdzonych już oświadczeniem złożonym przed notariuszem;

Uchwałą zarządu z 15 grudnia 2010 r. zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Postanowienia specyfikacji nakazują zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wykonawca może wskazać w składanych oświadczeniach lub dokumentach sprzęt lub osoby, którymi będzie dysponował w przyszłości przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jedynie w razie korzystania z tzw. „potencjału podmiotu trzeciego” zgodnie z art. 26 ust. 2 b p.z.p. W takim wypadku wykonawca winien złożyć zobowiązanie do udostępnienia zasobów odpowiadające wymogom przywołanego przepisu oraz inne dokumenty, o ile były wymagane przez zamawiającego na podstawie § 1 ust. 2 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Wykaz osób stanowi oświadczenie wykonawcy składane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i pozwala na stwierdzenie, że wykonawca dysponuje osobami niezbędnymi do prawidłowego wykonania zamówienia. Złożenie wykazu nie stanowi zaciągnięcia zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego do realizacji zamówienia wyłącznie za pomocą wskazanych osób. Wykonawca może, co do zasady, do wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego delegować inne osoby, posiadające wymagane przez zamawiającego uprawnienia i kompetencje.

Z uwagi na profesjonalny charakter swojej działalności przystępujący nie może zasłaniać się brakiem znajomości obowiązującego prawa.

„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt : ACa 1018/05 *niepubl.*).

Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. zamawiający dokonuje w razie łącznego wystąpienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Złożenie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania powoduje obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który takie informacje złożył. Wymaga tego zarówno formalizm procedury o udzielenie zamówienia publicznego, zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz konieczność ochrony interesu zamawiającego;

Należy zauważyć, że ustawa z dnia 5 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych (Dz. U. Nr 206, poz.1591) zmieniła treść przepisu nakazując zamawiającemu wykluczenie nie tylko takiego wykonawcy, który złożył i informacje mające bezpośredni wpływ na wynik postępowania, ale również takiego wykonawcy, który złożył informacje, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania (wpływ ewentualny).

Wykonawca składa informacje nieprawdziwe, jeżeli stan rzeczy prezentowany w składanych przez niego oświadczeniach i dokumentach jest inny, niż w rzeczywistości.

Wyniki postępowania przed Izłą wskazują w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenie, co do dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia Panami Jarosławem S. i Zbigniewem K. Przystępujący nie

dysponował i nie dysponuje w dalszym ciągu wymienionymi osobami, w szczególności na podstawie umowy o pracę.

Niesporne jest między stronami, że zachodzi tożsamość osób, wskazanych przez przystępującego oraz odwołującego.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że Panowie Jarosław S. i Zbigniew K. nie związali się z przystępującym żadnym stosunkiem prawnym, który dałby przystępującemu podstawę do twierdzenia, że osoby te pozostają w jego dyspozycji.

Kodeks pracy nie zna pojęcia przedwstępnej umowy o pracę zawartej pod warunkiem. Tego typu zobowiązanie między stronami podlegać będzie ocenie wyłącznie na podstawie przepisów kodeksu cywilnego (przy czym umowa przedwstępna różni się zasadniczo od umowy zawartej pod warunkiem). Już choćby z tego względu oświadczenie przystępującego o dysponowaniu osobami na dzień składania ofert na podstawie umowy o pracę jest nieprawdziwe. Samo udostępnienie danych niezbędnych do wskazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest niewystarczające dla uznania, że nastąpiło zawarcie umowy o pracę.

Zauważyć należy, że tak zawarcie umowy na podstawie kodeksu pracy, jak na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, wymaga zgodnych oświadczeń umawiających się stron.

Zgodnie z art. 22 § 1 kodeksu pracy przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Art. 72 § 1 k.c. stanowi natomiast, że jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia określonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji.

Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje o dysponowaniu osobami Panów Jarosława S. i Zbigniewa K. na podstawie umowy o pracę.

Nieprawdzie okazało się być również oświadczenie dotyczące dysponowaniem Panem Romanem P. na podstawie umowy zlecenia. Przystępujący złożył na rozprawie „umowę o pracę przedwstępną pod warunkiem”.

Na marginesie wskazać trzeba, że ze złożonych przez przystępującego na rozprawie umów przedwstępnych wynika, że nieprawdziwe są również informacje dotyczące dysponowania na podstawie umowy o pracę w terminie nie późniejszym, niż składanie ofert, pozostałymi osobami, które zostały wskazane w wykazie przez przystępującego.

Powyższe jest wystarczające dla stwierdzenia, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

W postępowaniu odwoławczym Izba bada zarzuty dotyczące czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w okolicznościach sprawy – czynności wyboru oferty przystępującego oraz zaniechania wykluczenia

przystępującego – i tylko w takim zakresie znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego z mocy art. 14 p.z.p. Dalsza ocena treści przedkładanych przez przystępującego „umów o pracę przedwstępnych pod warunkiem” jest zbędna.

Zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących dysponowania lokomotywą, Izba uznała za nieudowodniony. Złożone na rozprawie dokumenty dotyczące tego zarzutu, Izba uznała za dokumenty o charakterze prywatnym. Wobec wykluczających się wzajemnie stanowisk stron z których każde znajduje oparcie w złożonych dokumentach, Izba oceniła wpis o rozpoczęciu likwidacji lokomotywy przez PKP CARGO S.A. jako niewystarczający dla potwierdzenia zarzutu. Wobec stanu rzeczy wynikającego z postępowania dowodowego, Izba uznała, że formalna decyzja o rozpoczęciu likwidacji, nie wyklucza możliwości faktycznego dysponowania lokomotywą przez innego przedsiębiorcę. Brak było podstaw do stwierdzenia, że lokomotywa SM 31 025 faktycznie znajduje się w posiadaniu PKP CARGO S.A..

Złożenie przez przystępującego nieprawdziwych informacji miało wpływ na wynik postępowania – osoby Panów Jarosława S., Zbigniewa K. i Romana P. są niezbędne dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego. Po pominięciu wymienionych osób przystępujący nie dysponuje całością personelu niezbędnego do wykonania zamówienia, zatem złożona przez niego oferta nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Trzeba zauważyć na marginesie, że już sama treść dopisku pod złożonym wykazem personelu i sprzętu winna budzić wątpliwości zamawiającego, co do faktu dysponowania przez przystępującego odpowiednimi osobami oraz lokomotywami na dzień składania ofert i wątpliwości te winny być wyjaśnione przez zamawiającego w pierwszej kolejności. Art. 26 ust. 3 p.z.p. stanowi wyjątek od obowiązku złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów wraz z ofertą i umożliwia ich uzupełnienie wyłącznie przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wadliwe jest natomiast dokonywanie przez zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. w sytuacji, gdy ze złożonych oświadczeń wynika, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w dniu składania ofert. Takie działanie rażąco narusza art. 7 ust. 1 p.z.p.

W konsekwencji potwierdzenie znalazł również zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 p.z.p. Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Nie można też pominąć, że zamawiający nie może już zastosować art. 26 ust. 3 p.z.p. w odniesieniu do wykazu osób. Tryb wynikający z przywołanego przepisu był już stosowany

przez zamawiającego a złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania powoduje samoistny obowiązek wykluczenia wykonawcy, zatem ponowne uzupełnienie wykazu, jako łamiące zasady wskazane w art. 7 ust. 1 p.z.p. jest niedopuszczalne.

Podnieść też należy w tym miejscu, że wskazanie w ramach wyjaśnień składanych przez przystępującego nowych osób, w miejsce osób wskazanych w wyniku zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p. stanowi naruszenie przywołanego przepisu. Izba ocenia, że sam fakt niedopuszczalnej zmiany wykazu osób stanowi wystarczające uzasadnienie do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p.

Trzeba zauważyć jednak, że dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie odnoszą się do normy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dorobkiem doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów, jest pogląd, znajdujący potwierdzenie również w orzecznictwie sądów okręgowych, że art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. referuje się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego dotyczących treści przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie wykazanie w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu niesie skutek w postaci wykluczenia wykonawcy oraz uznanie jego oferty za odrzuconą z mocy prawa na podstawie art. 24 ust. 4 p.z.p. Art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. dotyczący się badania ofert pod względem formalnym, która to ocena poprzedza ocenę oferty z zastosowaniem ustalonych w siwz kryteriów. Art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nie znajduje zastosowania do oceny zarzutów odwołania.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust 3 p.z.p. przez zaniechanie wezwania UNIKOL RAILWAY WORKSHOP s.c. do złożenia dokumentu dotyczącego pkt 9.16.5 i 9.16.4 specyfikacji - zaniechania złożenia brakującego sprawozdania finansowego za rok 2007 przez Stanisława Skawińskiego Izba uznała za potwierdzony. Zarzut ten został uwzględniony przez zamawiającego, a przystępujący zgłaszając sprzeciw nie wdał się w spór w tej materii – nie powołał argumentacji, ani dowodów na twierdzenie przeciwne. Zaniechanie wykonania przez zamawiającego czynności wezwania jest zatem niesporne.

Zamawiający na jednakowych zasadach ocenił potraktował odwołującego i przystępującego, w taki sam sposób oferty złożone przez wykonawcę, który wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz

wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 p.z.p. a dokonując wyboru oferty złożonej przez przystępującego, który winien zostać wykluczony z postępowania naruszył również art. 91 ust. 1 p.z.p.

Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie.

Naruszenia przepisów ustawy mają wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 orzekła jak w pkt 1 sentencji. Izba uwzględniła unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego i nakazała wyłącznie wykluczenie przystępującego na podstawie art. 24 ust. 3 i 4 p.z.p. Izba nie nakazała wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentu dotyczącego pkt 9.16.5 i 9.16.4 specyfikacji, gdyż wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej jest bez znaczenia, skoro przystępujący podlega wykluczeniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego ograniczając je do kwoty 3.600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

: