

Sygn. akt: KIO/UZP 1223/09

**WYROK**

**z dnia 12 października 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Barbara Bettman</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Ryszard Telzaff</b>
	<b>Dagmara Gałczewska -Romek</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Dorota Witak</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL - WSK” S.A.** ul. Zielona 1, 42-350 Koziegłowy od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A.** ul. Powstańców 30, 40-039 **Katowice** protestu z dnia 24 lipca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo - Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL - WSK” S.A.** ul. Zielona 1, 42-350 Koziegłowy.

- 2) dokonać wpłaty kwoty wysokości **4 462 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)** przez **Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **Wielozakładowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL - WSK” S.A. ul. Zielona 1, 42-350 Koziegłowy**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wielozakładowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Remontowych „ENERGOPOL - WSK” S.A. ul. Zielona 1, 42-350 Koziegłowy.**

### **U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na wynajem sprzętu ciężkiego wraz z obsługą do wykonania robót związanych z formowaniem zwałowisk węgla, kruszeniem węgla, obsługą punktów sprzedaży drobnicowej oraz załadunkiem mułu na pojazdy w KW S.A. Oddział KWK "Ziemowit" w okresie 35 miesięcy" (Dz. Urz. UE 2009/ S 50-072653 z 13.03.2009 r.) prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w dniu 24 lipca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych "ENERGOPOL - WSK" S.A. z siedzibą w Koziegłowach.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem przekazanym w dniu 16 lipca 2009 r. za pośrednictwem faksu, opatrzonym datą 15 lipca 2009 r. o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno -Handlowo-Uslugowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. z siedzibą w Lędzinach, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Kompani Węglowej S.A. naruszenie art. 7 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505 z 2009 r. Nr 19, poz. 101):

1. przez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa Produkcyjno -Handlowo-Uslugowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o., w

konsekwencji nie uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą i dokonanie wyboru tejże oferty, jako najkorzystniejszej;

2. przez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowo – Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwa Produkcyjno -Handlowo-Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o.o.;
- 3) uznania oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno -Handlowo-Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. za odrzuconą w trybie art. 24 ust. 4 powołanej ustawy;
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący podnosił, iż zamawiający w oparciu o przepis art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zawiadomił wykonawców o wybraniu oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowo-Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej w świetle ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów. W ocenie odwołującego, wybrany wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a złożona przez niego oferta, na mocy art. 24 ust. 4 powołanej ustawy, powinna zostać uznana za odrzuconą, albowiem wbrew wymaganiom załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określającego wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca w celu wykonania zamówienia, Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe "CARBOTRANS" Sp. z o. o. w załączniku nr 5 do swojej oferty (strona 43) złożyło informację nieprawdziwą, tj. pod pozycją 26 wskazało, iż dysponuje osobą pana Piotra B., przeznaczonego do obsługi spycharki gąsienicowej o mocy min. 230 kW, załączając również na stronie 75 oferty kopie uprawnień należących do tej osoby. Wymieniona informacja jest w sposób oczywisty niezgodna ze stanem rzeczywistym i złożona została przez wykonawcę z pełną świadomością jej nieprawdziwości, w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego. W efekcie ta nieprawdziwa informacja miała wpływ na wynik postępowania. Jako dowód potwierdzający zgłoszony zarzut, odwołujący powołał się na okoliczność, iż pan Piotr B. od 2007 r. jest jego pracownikiem i według przedłożonego oświadczenia tej osoby, nie jest on w jakiegokolwiek formie prawnej zatrudniony w Przedsiębiorstwie Produkcyjno - Handlowo-Usługowym "CARBOTRANS" Sp. z o.o. z siedzibą w Lędzinach, jak również przedsiębiorstwo to nie proponowało mu w jakiegokolwiek formie prawnej (umowa o pracę, zlecenie, czy innej) zatrudnienia bądź współpracy przy wykonywaniu zamówienia objętego przedmiotowym przetargiem. Wykonawca zatem, którego ofertę wybrano oświadczając, iż dysponuje osobą pana Piotra B., świadomie sporządził załącznik nr 5 zatytułowany "wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca w celu wykonania zamówienia"

w taki sposób, aby jednoznacznie wynikało, iż zostały spełnione przez niego wszystkie warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na poparcie swego stanowiska odwołujący przytoczył tezę zawartą w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 278/09) z dnia 20 marca 2009 r., z którego wynika, iż przyjąć należy, że informacje nieprawdziwe w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, to informacje przedstawiające odmienny stan rzeczy od stanu prawdziwego, które są złożone ze świadomością ich nieprawdziwości. Cechuje je umyślność i cel, jakim jest świadome wprowadzenie w błąd adresata informacji, którym jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający. Norma zawarta w treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy ma charakter imperatywny, co oznacza, że zamawiający nie może zaniechać zastosowania przywołanego przepisu, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe oświadczenie. Wykonawca składając ofertę oraz oświadczenia i dokumenty wymagane przez zamawiającego ponosi pełną odpowiedzialność za ich prawdziwość. Udział bowiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga aktów staranności na każdym etapie, w szczególności przy przygotowywaniu oferty i wymaganych zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy oświadczeń i dokumentów (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO/UZP 99/09 z dnia 5 lutego 2009 r.).

Drugim zarzutem skutkującym powinnością wykluczenia Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo –Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. , w ocenie odwołującego, jest złożenie w ofercie (strona 83) informacji wydanej przez ING BŚ S.A. O/Tychy z dnia 24 marca 2009 r. o posiadanej przez wykonawcę warunkowej zdolności kredytowej w wysokości do 3.000.000 zł. Jeżeli zatem bank w swoim dokumencie uzależnił przyznanie wykonawcy kredytu, od spełnienia bliżej nieokreślonych warunków, a przynajmniej nieznanymi zamawiającemu, które mogą wszak dotyczyć np.: różnego rodzaju zabezpieczeń, akceptowanych bądź nie przez ten bank, to zamawiający dokonując oceny przedłożonego dokumentu winien uznać go za nie spełniający wymogów, jakim winien odpowiadać dokument potwierdzający zdolność kredytową wykonawcy w tym postępowaniu ( na co wskazuje wyrok Zespół Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/O -1830/06 z dnia 29 czerwca 2006 r.). W podsumowaniu odwołujący stwierdził, iż na mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający obowiązany był wykluczyć Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Handlowo-Usługowe "CARBOTRANS" Sp. z o.o., a złożoną przez tego wykonawcę ofertę, na mocy art. 24 ust 4 powołanej ustawy, winien uznać za odrzuconą.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 lipca 2009 r. do postępowania wywołanego protestem pismem doręczonym 28 lipca 2009 r. przystąpił wybrany wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe "CARBOTRANS" Sp. z o.o., który wniósł o utrzymanie wyboru jego oferty. Wyjaśnił, iż wskutek omyłki doszło do wpisania pana

Piotra B. do wykazu osób pozostających w dyspozycji przystępującego, co było wynikiem niestarannego skserowania uprawnień zawodowych przez pracownika spółki. Prawdłowo natomiast powinien zostać wpisany pan Jan G.. Odnośnie drugiego zarzutu dotyczącego informacji wydanej przez ING Bank Śląski S.A. O/Tychy o zdolności kredytowej, przystępujący wskazał na okoliczność, iż zamawiający nie wymagał promesy kredytowej, lecz dokumentu potwierdzającego wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej.

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach pismem doręczonym dnia 3 sierpnia 2009 r. rozstrzygnął protest następująco:

1. zarzut dotyczący dysponowania osobą pana Piotra B. przeznaczonych do obsługi spycharki gąsienicowej o mocy minimum 230 kW został uwzględniony w ten sposób, iż na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 4 Pzp, zamawiający zobowiązał się wezwać wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Handlowo-Uługowe "CARBOTRANS" Sp. z o.o. do złożenia stosownych wyjaśnień;

2. zarzut dotyczący opinii bankowej został oddalony.

Ad. 1. w uzasadnieniu swoich czynności zamawiający zaprzeczył zarzutom naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Podał, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wybrany wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Uługowe "CARBOTRANS" Sp. z o.o. w załączonym do oferty wykazie przedstawił wymaganą przez zamawiającego ilość osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował, spełniających wymagania zawarte w rozdziale X pkt 1. 4 SIWZ. Zatem w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty nie zachodziły przesłanki wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, tj. ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zarzuty protestu zamawiający uznał za nie dowiedzione. Przypomniał, że z mocy art. 6 K.c. w związku z art. 14 Pzp, na osobie, która z określonych faktów wywodzi skutki prawne spoczywa ciężar udowodnienia tych faktów.

Ad. 2. zarzut dotyczący nieprawidłowej informacji wydanej przez ING BŚ S.A. O/Tychy z dnia 24.03.2009 r., gdzie bank uzależnia udzielenie kredytu od spełnienia wymogów regulaminowych kredytowania podmiotów gospodarczych uznał za bezpodstawny, gdyż wskazanie przez bank procedury udzielania kredytu i konieczności spełnienia wymagań określonych w regulaminie bankowym, nie stanowi warunku ograniczającego zdolność kredytową.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 12 sierpnia 2009 r. zostało wniesione

odwołanie z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowo - Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo - Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o.;
- 3) uznania oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo - Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. za odrzuconą w trybie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił całą argumentację przytoczoną w proteście. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, dodatkowo podkreślił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, wskutek wyboru oferty wykonawcy, który z pełną świadomością złożył nieprawdziwe oświadczenie, umożliwiające wybór oferty, a więc mające wpływ na wynik postępowania.

W celu wykazania zgłoszonych zarzutów odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentu załączonego do protestu, tj. oświadczenia pana Piotra B.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania, oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowo - Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o., pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron przedstawione do protokołu rozprawy.

W oparciu o zgodne oświadczenia stron, Izba stwierdziła, że okres związania ofertą nie upłynął, a oferty odwołującego i przystępującego nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak nakazuje art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła co następuje.

W rozdziale X SIWZ zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy:

- 1) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, między innymi (ppkt 4) dysponują lub będą dysponować osobami

posiadającymi uprawnienia do obsługi sprzętu ciężkiego, niezbędnego do wykonania zamówienia, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 20 września 2001 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas eksploatacji maszyn i innych urządzeń technicznych do robót ziemnych, budowlanych i drogowych (Dz. U. Nr 1128, poz. 1263 ze zm.) dla obsługi:

- ładowarki kołowej o mocy min. 162 kW poj. łyżki min. 5 m<sup>3</sup> - min. 2 osoby;
- ładowarki kołowej o mocy min. 162 kW poj. łyżki min 3,4 m<sup>3</sup> - min. 12 osób;
- spycharki gąsienicowej o mocy min. 230 kW - min. 11 osób;
- spycharki gąsienicowej o mocy min. 130 kW - min. 1 osoba;
- walca wibracyjnego. - min. 1 osoba.

2) znajdując się w sytuacji ekonomiczno finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, to znaczy:

1. posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 3 000 000 PLN.

Zgodnie z rozdziałem XII SIWZ na udokumentowanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć między innymi (pkt 3):

- wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca, a które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich uprawnień i kwalifikacji zawodowych, niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ. W przypadku gdy wykonawca w wykazie wskaże osoby, którymi będzie dysponował – winien przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Do wykazu należało dołączyć oryginały lub kopie dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia.

W rozdziale XIII pkt 1 SIWZ zamawiający wymagał złożenia oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, z których wynikać będzie, że posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż określona w warunkach udziału w postępowaniu (rozdział X.2.1 SIWZ).

Z załącznika ZP 12 do protokołu wynika, że oferty złożyło trzech wykonawców:

- Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe CARBUD S.A. z ceną 16 143 469,44 PLN;
- Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Handlowo-Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. z ceną 11 997 794,76 PLN;

- Wielozakładowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Remontowych "ENERGOPOL - WSK" S.A. z ceną 13 934 577,09 PLN.

W oparciu o zaoferowaną cenę, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert, zamawiający dokonał wyboru oferty Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Handlowo-Uslugowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej.

Wybrany wykonawca na stronie 43 dokumentacji oferty przedstawił wykaz według wzoru załącznika nr 5 do SIWZ – osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował w celu wykonania zamówienia. W pozycji 26 wykazu widnieje pan Piotr B. posiadający uprawnienia maszynisty ciężkich maszyn budowlanych i drogowych nr 04140534 – spycharki DT 25G. Zakres czynności to obsługa spycharki gaśnicowej o mocy min 230 kW, w kolumnie 5 tabeli podano, że wykonawca dysponuje wskazaną osobą. Wybrany wykonawca podał na stanowisko operatora spycharki gaśnicowej o mocy 230 kW łącznie 11 osób, tj. wymagane minimum. Na stronie 75 dokumentacji oferty została przedstawiona kopia uprawnień maszynisty ciężkich maszyn budowlanych i drogowych posiadanych przez pana Piotra B. Na stronie 83 dokumentacji wybranej oferty, została złożona informacja ING Banku Śląskiego O/Tychy z dnia 24 marca 2009 r. o posiadaniu przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Handlowo-Uslugowe "CARBOTRANS" Sp. z o. o. rachunku bankowego od czerwca 1996 r. Jednocześnie bank stwierdził, iż na dzień sporządzenia tego pisma klient posiada zdolność kredytową w wysokości 3 000 000,00 zł. Dalej widnieje dopisek – „udzielenie powyższego kredytu jest uzależnione od spełnienia warunków określonych w obowiązującym regulaminie kredytowania podmiotów gospodarczych.”

Do protestu odwołujący załączył oświadczenie pana Piotra B. z dnia 1 lipca 2009 r., z którego treści wynika, że jest on zatrudniony od dnia 2 kwietnia 2007 r. w Wielozakładowym Przedsiębiorstwie Robót Inżynieryjnych i Remontowych "ENERGOPOL -WSK" S.A. w Koziegłowach w oparciu o umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, na stanowisku operatora ładowarki oraz, że w roku 2008 i 2009 nie był i nie jest zatrudniony w jakiegokolwiek formie prawnej w PPHU „CARBOTRANS” Sp. z o. o. w Lędzinach. Wymieniony oświadczył również, że w powyższym okresie nie zobowiązywał się w jakiegokolwiek formie do zatrudnienia lub współpracy z tym przedsiębiorstwem. Pan Piotr B. dalej oświadczył, że PPHU „CARBOTRANS” Sp. z o. o. posłużył się bez jego wiedzy kopią posiadanych przez niego uprawnień do obsługi ciężkich maszyn budowlanych i drogowych.

W piśmie z dnia 28 lipca 2009 r. (w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem), Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Uslugowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. wprost przyznało, że do treści załącznika nr 5 do SIWZ, określającego wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca w celu wykonania zamówienia omyłkowo został wpisany pan Piotr B. zamiast pana Jana G., a nastąpiło to w wyniku niestarannego skserowania tego uprawnienia przez pracownika spółki (przystępującego).



Izba zważyła co następuje.

Odwolujący może skutecznie powoływać się na naruszenie swego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, skoro dowodzi, iż jego oferta jest najkorzystniejsza, gdyż przedstawia najniższą cenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Cytowana norma prawna ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie wykonawcy w sytuacji, gdy zarzut podania nieprawdziwych informacji znajduje potwierdzenie. Przy czym za nieprawdziwą informację należy przyjąć taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutków wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonych cytowanym przepisem. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, stwierdzający, że „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust 3 lub 4 ustawy Pzp”. Art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie odwołuje się bowiem w swej treści do powodów podania nieprawdziwej informacji, chociażby przez określenie „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.” Należy mieć na względzie, że z uwagi na profesjonalny charakter działalności, wykonawca składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355 K.c. dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Natomiast z mocy art. 329 K.c. i 430 K.c. w związku z art. 14 Pzp, odpowiada również za działania swoich pracowników, czy osób trzecich, którym powierza przygotowanie oferty. W ocenie Izby, skoro pan Piotr B. nie pozostawał w jakichkolwiek zawodowych stosunkach prawnych z Przedsiębiorstwem Produkcyjno – Handlowo -Usługowym "CARBOTRANS" Sp. z o. o., posłużenie się jego danymi osobowymi, kopią uprawnień zawodowych i umieszczenie w wykazie osób przeznaczonych do realizacji zamówienia miało charakter bezprawny. Wybrany wykonawca wskazał na stanowisko operatora spycharek gąsienicowych o mocy 230 kW minimalną ilość osób, tj. 11, wliczając pana Piotra B., a więc podanie dysponowania panem Piotrem B., jako informacji nieprawdziwej, miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania i doprowadziło do wyboru przedmiotowej oferty do realizacji zamówienia. Z tych względów Izba stwierdza,

że wystąpiły przesłanki łączne, skutkujące wykluczeniem Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo - Usługowego "CARBOTRANS" Sp. z o. o. z postępowania. W przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem wybrany wykonawca przyznał wprost powyższe okoliczności, zatem zapowiedziane działania zamawiającego - zwracanie się o udzielenie wyjaśnień, jest bezprzedmiotowe, gdyż nie doprowadzi do potwierdzenia, że oświadczenie w załączniku nr 5 wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe "CARBOTRANS" Sp. z o. o. jest zgodne z prawdą. Należy bowiem zauważyć, że oświadczenie dotyczyło faktu dysponowania daną osobą na dzień złożenia oferty, a nie przyszłego dysponowania tą osobą w trakcie realizacji zamówienia. Podanie nieprawdziwej informacji, nie podlega konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 Pzp podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane, którym bez wątpliwości jest wykaz osób przeznaczonych do realizacji zamówienia – pozycja 26, złożony przez wybranego wykonawcę. Z tych względów podanie w miejsce pana Piotra B. innej osoby pana Jana G., dla wykazania spełnienia przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe "CARBOTRANS" Sp. z o. o. warunków udziału w postępowaniu, nie może odnieść zamierzonego skutku. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 r. KIO/UZP 1098/08, gdzie Izba stwierdziła, iż 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 ustawy Pzp, który można sanować”. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, z przyczyn określonych w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, podlega zaktualizowaniu na każdym etapie postępowania, gdy zamawiający poweźmie sprawdzoną lub przyznaną wiadomość o okolicznościach złożenia nieprawdziwej informacji. Z tych przyczyn, skoro fakt przedstawienia nieprawdziwej informacji został przez wybranego wykonawcę przyznany, Izba stwierdziła, iż zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Handlowo - Usługowe "CARBOTRANS" Sp. z o. o. i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. W następstwie zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami tej ustawy.

Izba natomiast nie podzieliła poglądów odwołującego, że przedstawione zaświadczenie ING Banku Śląskiego O/Tychy o posiadaniu przez Przedsiębiorstwo

Produkcyjno –Handlowo - Usługowe "CARBOTRANS" Sp. z o. o. zdolności kredytowej w kwocie 3 000 000,00 PLN jest wadliwe. Zamawiający żądał jedynie informacji o zdolności kredytowej, nie wymagał natomiast promesy przyznania kredytu, jako zobowiązania banku do udzielenia wykonawcy kredytu w wymienionej kwocie. Zgodne z prawem bankowym, jak i ze stosowaną praktyką jest oświadczenie banku, że informacja o zdolności kredytowej jego klienta, nie stanowi jednocześnie o przyznaniu kredytu, który jest udzielany w trybie określonym w regulaminie bankowym, po spełnieniu stawianych tam wymagań. Nie należy jednak z tego wywodzić, iż potwierdzona przez bank zdolność kredytowa przedsiębiorcy, na użytek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ma przez tego rodzaju zastrzeżenie, charakter warunkowy. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1 a Prawa zamówień publicznych oraz nakazała jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 tej ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika odwołującego o przyznanie kosztów zastępstwa na podstawie norm przepisanych, gdyż zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 z 2008 r. Nr 182, poz. 1122), Izba może przyznać koszty na rzecz strony w oparciu o złożony rachunek.

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 późn. zm.) 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:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*