

Sygn. akt KIO/2362/10

**WYROK**  
**z dnia 12 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę - **Mariusz Popenda PHU ZBAR, 94-214 Łódź, ul. Krakowska 60** od czynności zamawiającego - **Jednostka Wojskowa nr 4474, 95-100 Zgierz, ul. Konstantynowska 85,**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę - Mariusz Popenda PHU ZBAR, 94-214 Łódź, ul. Krakowska 60 i nakazuje:**

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę - **Mariusz Popenda PHU ZBAR, 94-214 Łódź, ul. Krakowska 60.**

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

Przewodniczący:

.....

## Uzasadnienie

Odwołujący - Mariusz Popenda PHU ZBAR z siedzibą w Łodzi wniósł w dniu 29 października 2010 r. odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup usług świadczonych przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne polegające na ochronie wskazanych obiektów w m. Zgierz i m. Jeżewo oraz w m. Łódź i m. Skierniewice w 2010 i 2011 r.”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego - Jednostka Wojskowa 4474 z siedzibą w Zgierzu.

Odwołanie dotyczy, w ocenie odwołującego, niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie Pzp, czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty - firmy „ATOS” Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz zawarciu umowy z podmiotem podlegającym wykluczeniu z mocy ustawy.

Odwołujący zarzucił naruszenie obowiązujących przepisów, w szczególności przez:

- niezastosowanie wobec - firmy „ATOS” Sp. z o.o., sankcji wykluczenia z udziału w postępowaniu, mimo spełnienia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp,
- zawarcie ze wskazanym wykonawcą w dniu 19 października 2010 r. umowy, mimo posiadania wiedzy, że wykonawca ten w złożonej ofercie podał informacje nieprawdziwe, wpływające na wynik prowadzonego postępowania,
- naruszenie podstawowych zasad Pzp, w tym wyrażonej w art. 7 zasady uczciwej konkurencji, bezstronności i obiektywizmu.

Wniósł żądanie co do rozstrzygnięcia odwołania:

- unieważnienie umowy z dnia 19 października 2010 r. oraz nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego, w tym rozpatrzenia ważnych z punktu formalnego ofert pozostałych podmiotów biorących udział w postępowaniu,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów uiszczonego wpisu od odwołania.

Wskazał następujące okoliczności faktyczne i prawne odwołania oraz dowody na ich poparcie.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę dzieląc przedmiot zamówienia na trzy zadania, zgodnie z opisem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, zamieszczonym w Dz. Urz. Unii Europejskiej z dnia 15 września 2010 r. nr 2010/S 179-273165.

Z § 6 siwz – o treści „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków”, wynika, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Określono, iż warunek ten spełnią wykonawcy, którzy wypełnią oświadczenie zawarte w załączniku nr 10 do siwz.

Jednocześnie dla zadania nr 1, jednym z istotnych kryteriów oceny oferty przyjęto zatrudnienie przez wybranego wykonawcę pracowników Oddziału Warty Cywilnej Zamawiającego (na umowę o pracę, w pełnym wymiarze czasu pracy, na czas wykonywania umowy, na warunkach płacy nie gorszych niż zatrudnieni pracownicy).

Określono przy tym, że kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi – cena o znaczeniu 75% i dodatkowe punkty przyznane wykonawcy za zatrudnienie pracowników OWC zamawiającego, o znaczeniu 25% .

Decyzją z dnia 30 września 2010 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, przyznając - firmie „ATOS” Sp. z o.o. najwyższą ilość punktów (100).

Podstawą przyznania dodatkowych punktów były pisemne oświadczenia wykonawców o ilości zatrudnianych pracowników Oddziału Warty Cywilnej.

Z posiadanych informacji wynika, iż umowa między zamawiającym, a firmą „ATOS” Sp. z o.o. została podpisana w dniu 19 października 2010 r.

Zgodnie z treścią oferty „ATOS” Sp. z o.o., w szczególności pisemnym oświadczeniem wykonawcy - podmiot ten zobowiązał się do zatrudnienia dla celów realizacji zamówienia, min. 33 osoby.

Wykonawca nie wykonał podjętego zobowiązania, więc nie wypełnił złożonego oświadczenia.

Okoliczność tę potwierdzają ustalenia dokonane na spotkaniach w dniu 2 i 3 października 2010 r. pomiędzy pracownikami Oddziału Wart Cywilnych, a przedstawicielem wykonawcy Janem Gradzikiem.

Na spotkaniu przedstawiciel „ATOS” Sp. z o.o. stwierdził, iż firma ta jest w stanie zatrudnić, dla potrzeb realizacji inwestycji, jedynie 15 osób.

Zaproponował zawarcie umów cywilnoprawnych - nie umów o pracę, łamiąc tym samym postanowienia siwz.

Odwołujący załączył odręcznie sporządzoną notatkę podając, że jest to dowód z zeznań świadków (wymieniono 20 imion i nazwisk z podpisami 17 osób).

Podał, że wskazane okoliczności potwierdzone zostały również w sporządzonej notatce służbowej z dnia 13 października 2010 r. (notatka ze spotkania z dnia 02 i 03.10.2010r. sporządzona przez pracowników OWC).

Stwierdził, że wykonawca złożył w ofercie umyślnie nieprawdziwe informacje, których celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd, co do posiadanego potencjału ekonomicznego i osobowego w zakresie realizacji zamówienia.

Kryterium „zatrudnienia” odpowiedniej liczby pracowników, było obiektywną miarą wpływającą na ocenę każdego z wykonawców, miało więc bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wskazał, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zatem, zamawiający miał bezwzględny obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania. Odwołujący podał, że informacje nieprawdziwe, to informacje przedstawiające odmienny stan rzeczy od stanu prawdziwego, które są złożone ze świadomością ich nieprawdziwości.

Powołał się na orzecznictwo KIO.

Podniósł, że zamawiający był informowany o zaistniałych nieprawidłowościach i miał wiedzę o nieprawdziwym oświadczeniu firmy „ATOS” Sp. z o.o. w czasie podpisywania umowy, co wynika z pisma odwołującego z dnia 12.10.2010 r.

Z tego względu, w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył przepisy w zakresie udzielania zamówień publicznych, w tym art. 7 Pzp, który w ust. 3 stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Podał, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie - art. 140 ust. 1 Pzp.

Wobec tego podpisana umowa powinna zostać unieważniona, zaś dokonana czynność wyboru najkorzystniejszej oferty powtórzona.

Wykazując legitymację do złożenia odwołania odwołujący podał, że ma interes prawny w jego wniesieniu, ponieważ był stroną postępowania, a gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy - wybrałby ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

Podniósł, że o zawarciu umowy z dnia 19 października 2010 r. dowiedział się w dniu 22 października 2010 r., zachowany więc został ustawowy termin przewidziany w art. 182 Pzp, do wniesienia odwołania

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego – wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł i kosztów uczestniczenia w rozprawie oraz o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Leszka O.

Przedstawił szczegółowo podjęte czynności związane z zatrudnieniem pracowników przez wybranego wykonawcę oraz okoliczności, w których pracownicy nie podjęli zatrudnienia. Załączył dowody – notatki, protokoły, listy dotyczące planowanych wstępnych badań lekarskich oraz korespondencję z odwołującym w zakresie zatrudnienia pracowników.

Przedstawił swoje stanowisko uznając brak jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje. Podniósł również wpływ terminu na kwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

### **Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.**

Odwołujący został zawiadomiony o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę „ATOS” Sp. z o.o. w dniu 1 października 2010 r. Oferty złożyli m.in. odwołujący i wykonawca „ATOS” Sp. z o.o. W obu ofertach wykonawcy złożyli oświadczenia wymagane przez zamawiającego, o treści: „Jednocześnie oświadczamy, że zatrudnimy 33 osób/y będących pracownikami OWC Zamawiającego na umowę o pracę, w pełnym wymiarze czasu pracy, na czas wykonywania umowy, na warunkach płacy nie gorszych niż własnych pracowników, praca będzie świadczona na terenie m. Łódź, m. Zgierz i/lub m. Jeżewo”. Oświadczenie było skutkiem żądania zamawiającego zawartego w siwz, gdzie w § 16 opis kryteriów oceny ofert zamawiający podał, że obok ceny oferty o znaczeniu 75%, zostaną przyznane dodatkowe punkty – znaczenie 25% wykonawcy, który zatrudni pracowników OWC Zamawiającego (Oddział Wart Cywilnych podlegał likwidacji i 33 pracownikom zaproponowano podjęcie zatrudnienia u wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa na wykonanie zamówienia). Maksymalną ilość punktów w tym kryterium, po 25 przyznano obu ofertom – wybranej i odwołującego. Jedynie z powodu wyższej ceny oferty odwołującego, oferta ta uzyskała drugą w kolejności punktację, niższą od punktacji oferty wybranej o 8,62 punktów.

Umowy w sprawie wykonania zamówienia zostały zawarte w dniu 15 października 2010 r. – nr 33/10 na okres od 20 października do 31 grudnia 2010 r. i nr 34/10 na okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2011 r. W wyniku przeprowadzonych rozmów tylko jeden z pracowników OWC podjął zatrudnienie u wybranego wykonawcy.

Odwołujący uzyskał informację o zawartych umowach (w odwołaniu odnosił się do jednej umowy) i o fakcie zatrudnienia przez wykonawcę tylko jednego z pracowników zamawiającego, w dniu 22 października 2010 r. podczas bytności w siedzibie zamawiającego i wówczas uznał, że wybrany wykonawca zobowiązując się do zatrudnienia 33 pracowników, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wskazał naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, uznając, że wykonawca mimo zawartej umowy podlega wykluczeniu z postępowania, naruszenie art. 140 ust. 1 Pzp (zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie) oraz art. 7 Pzp, w szczególności ust. 3. Z uwagi na fakt, że o nieprawdziwości złożonych informacji przesądza zawarcie umów z wybranym wykonawcą, odwołujący wniósł odwołanie, w którym podważył skuteczność zawartej umowy, wnosząc o jej unieważnienie.

W ocenie składu orzekającego, złożenie nieprawdziwych informacji zobowiązujących zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, o czym stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczy wyłącznie etapu badania i oceny ofert poprzedzającego wybór najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko zamawiającego, że odwołanie oparte na zarzucie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu zaniechania wykluczenia wykonawcy „ATOS” Sp. z o.o. w związku ze złożeniem w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jest spóźnione z uwagi na upływ terminu do jego wniesienia. O wyborze najkorzystniejszej oferty odwołujący został zawiadomiony w dniu 1 października 2010 r. Przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 10 lub 15 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, w zależności od sposobu przesłania informacji.

Z uwagi na sposób przesłania informacji odwołującemu, termin na wniesienie odwołania w przedmiocie zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, upłynął w dniu 10 października 2010 r. Odwołanie oparte na wskazanym zarzucie podlega odrzuceniu na posiedzeniu Izby, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zatem, zarzut ten nie stanowił przedmiotu rozpoznania na rozprawie.

Odwołujący wskazał w odwołaniu drugi zarzut, tj. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo nie wywiązania się wykonawcy ze zobowiązania określonego w ofercie w zakresie zatrudnienia 33 byłych pracowników zamawiającego, co powoduje, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, zatem stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, skutkujące unieważnieniem umowy.

Skład orzekający stwierdził, że odwołujący uzyskując drugą lokatę pod względem oceny jego oferty, w razie udowodnienia naruszenia przepisów ustawy i uwzględnienia odwołania, miałby możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, (interes w uzyskaniu zamówienia połączony z możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy – art. 179 ust. 1 Pzp, chociaż odwołujący odniósł się w odwołaniu do interesu prawnego, o którym stanowił przepis w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją ustawy, tj. do dnia 29 stycznia 2010 r.).

Skład orzekający miał na uwadze, że przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty).

W następstwie uwzględnienia odwołania, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, Izba może unieważnić umowę (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy).

Zatem, podstawę uwzględnienia odwołania w zakresie żądania unieważnienia umowy, stanowi kumulatywnie występujące naruszenie przepisów ustawy o istotnym wpływie na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pod warunkiem, łącznego wystąpienia z jedną z przesłanek z art. 146 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 146 ust. 1 Pzp enumeratywnie wymienia w sześciu punktach, przesłanki unieważnienia umowy. Żadna z wymienionych przesłanek nie występuje w rozpoznanej sprawie, co zostało w sposób niewątpliwy ustalone w toku rozprawy.

Z treści wskazanych przepisów ustawy Pzp wynika, iż samo naruszenie przepisów ustawy Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy (z tytułu naruszenia, o którym mowa w ust. 6 podmiotem uprawnionym do wystąpienia o unieważnienie umowy jest wyłącznie Prezes UZP), nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia umowy.

Odwołujący nie wykazał, że zatrudnienie przez wybranego wykonawcę jednego pracownika zamawiającego na skutek odmowy podjęcia oferowanej pracy przez pozostałe osoby, było naruszeniem ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stanowi kwalifikowaną przesłankę z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia zamawiającego złożone na rozprawie, przy braku przeciwnego dowodzenia ze strony odwołującego, zeznania świadków zgłoszonych przez zamawiającego – Jana G. (przedstawiciela firmy „ATOS” Sp. z o.o.) i Leszka O. (przedstawiciela zamawiającego) oraz dowody: notatka służbowa z dnia 12 października 2010 r., notatka z dnia 14 października 2010 r. w sprawie rozmów przeprowadzonych przez firmę „ATOS” z pracownikami OWC, protokół z przeprowadzonej rozmowy z pracownikami OWC z dnia 14 października 2010 r., notatka z przeprowadzonej weryfikacji umów o pracę pracowników zatrudnionych przez firmę „ATOS”, ul. Widzewska 14, 92-229 Łódź, z dnia 26 października 2010 r. oraz korespondencja – pismo odwołującego z dnia 12 października 2010 r. i odpowiedź zamawiającego z dnia 19 października 2010 r. w sprawie spotkań z pracownikami w dniach 2 i 3 oraz 13 i 14 października 2010 r., potwierdzają, że pracownicy w ostateczności zlekceważyli zarówno udział w spotkaniach na temat podjęcia pracy, terminy



wyznaczonych wstępnych badań lekarskich związanych z podjęciem pracy i ostatecznie zatrudnienie w wybranej firmie, poza jedną osobą.

Zatem, w ocenie składu orzekającego nie można uznać, że treść art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, może stanowić podstawę stwierdzenia nieważności umowy, przy braku wykazania naruszenia przepisów ustawy w toku postępowania, łącznie z kwalifikowaną wadą, o której mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp.

Kwalifikowane wady umowy określają też przepisy art. 140 ust. 3 i art. 144 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże Izba może unieważnić umowę wyłącznie z powodu wady, wymienionej w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący nie wykazał omówionych przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy.

Izba nie ma możliwości wydania orzeczenia w części odrzucającego i w części oddalającego odwołanie, stąd skład orzekający orzekł jak w sentencji wyroku, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku, zaliczając do kosztów wpis od odwołania, zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Nie uwzględniono wniosku zamawiającego o przyznanie kosztów - wynagrodzenia pełnomocnika, uczestnictwa w rozprawie i związanych z dojazdem na posiedzenie Izby oraz rozprawę, z uwagi na brak przedłożenia do akt sprawy rachunków określających uzasadnione koszty, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

