

Sygn. akt: KIO 49/12

WYROK

z dnia 20 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Kazimierz Szkawran prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Kazimierz Szkawran, Andrzej Cieślar prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Andrzej Cieślar Firma Ścinkowo – Zrywkowa, Paweł Byrt prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Byrt Paweł Usługi Leśne, Piotr Polok prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Polok Piotr Usługi Leśne, Krzysztof Michałek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Larix Krzysztof Michałek** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Wisła**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej na zadanie 1 przez Zakład Usług Leśnych „Wisła” Raszka Iwona, Pilch Jan sp. j. w Wiśle oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Zakładu Usług Leśnych „Wisła” Raszka Iwona, Pilch Jan sp. j. w Wiśle do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp załącznika nr 5 do oferty w odniesieniu do pozycji 12 tj. kolejek linowych
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Wisła** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Kazimierz**

Szkawran prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Kazimierz Szkawran, Andrzej Cieślar prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Andrzej Cieślar Firma Ścinkowo – Zrywkowa, Paweł Byrt prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Byrt Paweł Usługi Leśne, Piotr Polok prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Polok Piotr Usługi Leśne, Krzysztof Michałek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Larix Krzysztof Michałek tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Wisła** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Kazimierz Szkawran prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Kazimierz Szkawran, Andrzej Cieślar prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Andrzej Cieślar Firma Ścinkowo – Zrywkowa, Paweł Byrt prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Byrt Paweł Usługi Leśne, Piotr Polok prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Polok Piotr Usługi Leśne, Krzysztof Michałek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Larix Krzysztof Michałek** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku Białej**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Wisła zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na usługi z zakresu gospodarki leśnej w 2012 r. – część 1: usługi gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Wisła.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 210 – 342680.

W dniu 27 stycznia 2012 r. (pieczęć na kopercie) zamawiający wysłał listem poleconym „Ogłoszenie” (pismo ZGOP -2710-1/2012) zawiadamiając wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Kazimierz Szkawran prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Kazimierz Szkawran, Andrzej Cieślar prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Andrzej Cieślar Firma Ścinkowo – Zrywkowa, Paweł Byrt prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Byrt Paweł Usługi Leśne, Piotr Polok prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Polok Piotr Usługi Leśne, Krzysztof Michałek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Larix Krzysztof Michałek (dalej „odwołujący”) o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej na zadanie 1 przez Zakład Usług Leśnych „Wisła” sp. j. Jan Pilch, Iwona Raszka w Wiśle (dalej „ZUL Wisła”).

Dnia 9 stycznia 2012 r. odwołujący wniósł odwołanie, kopię odwołania przekazując 5 stycznia 2012 r. zamawiającemu (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołanie zostało wniesione od:

- 1) niezgodnej z poniżej wymienionymi przepisami czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty ZUL Wisła jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) niezgodnych z poniżej wymienionymi przepisami zaniechań czynności przez zamawiającego, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów wymienionych poniżej; przedmiotowe zaniechania czynności polegały na:
 - a) niewybraniu przez zamawiającego oferty odwołujących mimo tego, że przedmiotowa oferta była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”);
 - b) niewykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia ZUL Wisła pomimo tego, że złożyła ona nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który nie został zastosowany, co polegało na tym, że zamawiający dokonał czynności wyboru oferty ZUL Wisła pomimo tego, że treść oferty tej spółki nie odpowiada treści siwz, a także na tym, że zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty tej spółki (również z w/w powodu);
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp, który nie został zastosowany, co polegało na tym, że zamawiający zaniechał czynności wyboru oferty odwołujących mimo tego, że była ona najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz, a także na tym, że zamawiający dokonał czynności wyboru oferty ZUL Wisła mimo tego, że oferta tej spółki powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, iż nie odpowiada treści siwz;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, który nie został zastosowany, co polegało na tym, że zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia spółki ZUL Wisła pomimo tego, że złożyła ona nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a także na tym, że zamawiający dokonał czynności wyboru oferty spółki ZUL Wisła mimo tego, że spółka ta winna zostać wykluczona z postępowania.

Uwzględniając powyższe odwołujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania;
- 2) uwzględnienie odwołania;
- 3) nakazanie zamawiającemu, by unieważnił zaskarżaną czynność;
- 4) nakazanie zamawiającemu, by wykonał czynność polegającą na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty odwołujących i udzielił zamówienia odwołującym (lub ewentualnie by zamawiający powtórzył postępowanie, wyjaśnił wszelkie wątpliwe kwestie i ponownie ocenił oferty oraz ponownie dokonał wyboru oferty);

5) obciążenie zamawiającego kosztami niniejszego postępowania i zasądzenie zwrotu wpisu uiszczanego przez odwołujących.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, iż zgodnie z siwz (pkt 5.1 lit. c) wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu musieli wykazać, iż „(...) dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dla potwierdzenia warunku Zamawiający wymaga: (...) wykazania, że Wykonawca dysponuje niezbędnymi do wykonania zamówienia narzędziami i urządzeniami. W szczególności Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał lub dysponował: (...) dwie kolejki linowe o minimalnym zasięgu 350 m i minimalnej nośności 2 t.”.

Odwołujący argumentował, iż siwz wyraźnie posługuje się zwrotem: wykazania, że wykonawca dysponuje niezbędnymi do wykonania zamówienia narzędziami i urządzeniami. W siwz chodziło zatem o udowodnienie, czy też choćby o uprawdopodobnienie, że wykonawca niezbędnymi narzędziami i urządzeniami dysponuje.

W załączniku nr 5 do oferty złożonej przez spółkę ZUL Wisła wymieniony został sprzęt i narzędzia niezbędne do wykonania zamówienia zgodnie z siwz. Załącznik ten należy traktować wyłącznie jako oświadczenie spółki ZUL Wisła, bowiem do załącznika tego (czy też do oferty) nie zostały załączone żadne dokumenty potwierdzające fakt posiadania, czy też dysponowania w/w narzędziami i urządzeniami przez ZUL Wisła. Oświadczenie nie może być utożsamiane z wykazaniem, wobec czego - zdaniem odwołującego - oferta ZUL Wisła jest w tym zakresie niezgodna z siwz.

Dalej odwołujący zaznaczył, iż nawet, gdyby oświadczenia ZUL Wisła w zakresie posiadania przez tę spółkę narzędzi i sprzętu okazały się prawdziwe, to odwołujący mają zastrzeżenia odnośnie ostatniej pozycji przedmiotowego załącznika, a mianowicie odnośnie kolejek linowych. Jak już wspomniano, zgodnie z siwz, zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał lub dysponował dwoma kolejkami liniowymi o minimalnym zasięgu 350 m i minimalnej nośności 2 t. Z załącznika nr 5 do oferty ZUL Wisła wynika, że spółka ta posiada dwie kolejki linowe o minimalnym zasięgu 350 m i minimalnej nośności 2 t. Spółka nie złożyła jednak oświadczenia dotyczącego tego, jaki zasięg i jaką nośność mają poszczególne kolejki wymienione w załączniku nr 5. Według wiedzy odwołującego kolejka LS 1,5-303,5 Lanovka ma 1,5 t nośności oraz 300 m zasięgu. Informacje te (w zakresie zasięgu) uprawdopodobnia informacja w języku słowackim wyszukana na stronie internetowej: <http://www.slszlutice.cz/studenti/tomasek/modul6.pdf>.

Ponadto wg wiedzy odwołującego kolejka Larix Kombi nie spełnia wymogu zasięgu, bowiem zamiast 350 m posiada 220 m zasięgu. Wiedzę tę uprawdopodobnia informacja znaleziona na stronie internetowej <http://www.wiki.lasvDolskie.pl/doku.php?id=k:koiejka-linowa>. Ponadto zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej: <http://www.slpkrtiny.cz/en/commercial/toforest-machinerv/forest-cableways/larix-kombi-h/> kolejką marki Larix, która spełnia wymagania siwz jest kolejka Larix Kombi H, a nie kolejka Larix Kombi. Kolejki Larix Kombi H spółka ZUL Wiśła w swojej ofercie nie wymieniła. Tym samym zdaniem odwołującego oferta ZUL Wiśła, po pierwsze, zawiera nieprawdziwe informacje, które z pewnością miały wpływ na wynik postępowania, a po drugie, nie jest zgodna w treści z treścią siwz, bowiem nie wykazuje, ani nawet nie zawiera oświadczenia, że kolejki tam wymienione posiadają minimalny zasięg 350 m i minimalną nośność 2 t.

W razie kwestionowania w/w okoliczności przez zamawiającego lub ZUL Wiśła odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu maszyn i urządzeń na okoliczność nie posiadania przez przedmiotowe kolejki parametrów wymaganych w siwz.

Odwołujący wskazał także, że spółka ZUL Wiśła oświadczyła, iż posiada kolejkę „Lariks Combi”. Na rynku nie jest dostępna kolejka o nazwie „Lariks Combi” - przedmiotowa kolejka nazywa się Larix Kombi. Pozornie jest to tylko omyłka pisarska, jednakże zdaniem odwołujących uprawdopodobnia to, że spółka ZUL Wiśła przedmiotowym sprzętem nie dysponuje. Gdyby bowiem tak było, spółka ta mogłaby prawidłowo spisać nazwą kolejki z jakiegokolwiek dokumentu, który jej dotyczy lub z nadruku na samej kolejce.

Odwołujący zaznaczył, że wg jego wiedzy co najmniej jedna osoba (pan Antoni lub Jan H.) z osób wymienionych przez spółkę ZUL Wiśła w załączniku nr 4 do oferty jest zarejestrowana jako bezrobotny.

W razie zakwestionowania w/w okoliczności przez spółkę ZUL Wiśła odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach Powiatowego Urzędu Pracy w Cieszynie prowadzonych dla pana Antoniego lub Jana H., a także o zapytanie w/w urzędu czy inne osoby wymienione w załączniku nr 4 do oferty spółki ZUL Wiśła również są zarejestrowane jako bezrobotne; dowód ten miałby być przeprowadzony na okoliczność podania przez powyższą spółkę nieprawdziwej informacji.

Odwołujący argumentował, iż zgodnie z przepisem art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści siwz. Ponadto zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie znalazł w niniejszej sprawie zastosowania.

Spółka ZUL Wisła nie wykazała, czy też nie potwierdziła, iż posiada niezbędne narzędzia i sprzęt, a jedynie złożyła w tym zakresie nieprecyzyjne oświadczenie. Dotyczy to m.in. kolejek linowych, co do których popełniono błędy w ich nazwach lub podano je pomimo tego, że takowe nie występują na rynku. Powyższe błędy nie nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp, bowiem nie są to omyłki oczywiste ani też omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Niezależnie od powyższego zaznaczono w odwołaniu, że sformułowanie siwz odnośnie wymogów kolejek oznacza, że każda z kolejek musi posiadać parametry w postaci 350 m zasięgu i 2 t nośności. W pierwszej kolejności wynika to ze względów gramatycznych i logicznych - gdyby chodziło o to, by wykonawca posiadał co najmniej dwie kolejki o łącznym zasięgu 350 m i łącznej nośności 2 t, to winno to być wyraźnie wyartykułowane przez użycie zwrotu „o łącznej minimalnej nośności i łącznym minimalnym zasięgu”. Po drugie wynika to ze względów technicznych i warunków naturalnych (rzeźby terenu) występujących w Nadleśnictwie Wisła. W górzystym terenie istnieją bowiem miejsca trudno dostępne, które wymagają, by zasięg kolejki linowej był na poziomie minimum 350 m, by wykonanie usług, które zamawiający zamawiał było w ogóle możliwe. Z informacji posiadanych przez odwołującego podane kolejki mają natomiast 300 m zasięgu oraz 1,5 t nośności (Lanovka) oraz 220 m zasięgu i 2 t nośności (Larix Kombi). Wobec powyższego obie kolejki nie spełniają wymogów siwz. Zatem oferta ZUL Wisła, której treść nie odpowiada treści siwz, bezsprzecznie winna być odrzucona, co wynika z powołanych przepisów.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z przepisem 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. Nieprawdziwe informacje dotyczą kolejek linowych rzekomo posiadanych przez spółkę ZUL Wisła, bowiem spółka ta podała, że posiada kolejkę, która nie występuje na rynku. Ponadto spółka podała, że współpracuje z osobą, która jest zarejestrowana jako bezrobotna. Powyższe nieprawdziwe informacje zdaniem odwołującego w sposób oczywisty mogły mieć wpływ na wybranie oferty spółki ZUL Wisła przez zamawiającego.

Zamawiający dnia 10 stycznia 2012 r. zawiadomił ZUL Wisła oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, których liderem jest Franciszek Wojtas prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Franciszek Wojtas, o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania.

Pismem z dnia 12 stycznia 2012 r. do Prezesa Izby w dniu 16 stycznia 2012 r. (wpływ potwierdzony prezentatą, na poczcie nadano 13 stycznia 2012 r.) zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zostało wniesione przez ZUL Wisła. W dniu 12 stycznia 2012 r. zgłoszenie tego wykonawcy przesłane zostało do Prezesa Izby za pośrednictwem faksu. W dniu 17 stycznia 2012 r. (wpływ potwierdzony prezentatą) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zostało zgłoszone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, których liderem jest Franciszek Wojtas prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Franciszek (przystąpienie na poczcie nadano 12 stycznia 2012 r.)

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Żaden z wykonawców nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego. Spółka ZUL Wisła w terminie zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego za pośrednictwem faksu, natomiast w formie pisemnej przystąpienie zgłoszono w dniu 16 stycznia 2012 r. Tym samym spółka ta uchybiła przepisowi art. 185 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zgłoszenie przystąpienia do postępowania należy w terminie 3 dni doręczyć Prezesowi Izby w formie pisemnej. Biorąc powyższe pod uwagę, uwzględniając brzmienie § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2001 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), który jednoznacznie wskazuje, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może skutecznie być przekazane do Prezesa Izby faksem, Izba stwierdziła, że spółka ZUL Wisła nie uzyskała przymiotu uczestnika postępowania odwoławczego. Podkreślenia wymaga, iż dla zachowania terminu bez znaczenia pozostaje data nadania przesyłki na poczcie, brak bowiem zarówno w ustawie, jak i przepisach wykonawczych do niej regulacji pozwalającej

uznać, iż złożenie przystąpienia w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, których liderem jest Franciszek Wojtas prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Franciszek Wojtas, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 17 stycznia 2012 r., także uchybili trzydniowemu terminowi wynikającemu z art. 185 ust. 2 Pzp. Jak wyżej zostało wyjaśnione nadanie przystąpienia na pocztę nie jest równoznaczne z jego wniesieniem, zatem wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, których liderem jest Franciszek Wojtas prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne Franciszek Wojtas, nie przystąpili skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba uwzględniła odwołanie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania należy stwierdzić, co następuje:

1.

Zgodnie z siwz zamawiający wymagał, aby wykonawcy, w celu wykazania, iż dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadali lub dysponowali m.in. dwoma kolejkami linowymi o minimalnym zasięgu 350 m i minimalnej nośności 2 t (pkt 5.1 lit. c siwz). Na potwierdzenie spełniania powołanego warunku udziału w postępowaniu zamawiający w pkt. 6.1 lit. f siwz wymagał wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do siwz). W powołanym załączniku należało m.in. podać opis (rodzaj, model) narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje wykonawca oraz ich parametry techniczne.

Do oferty ZUL Wisła załączono - sporządzone wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do siwz – oświadczenie ZUL Wisła zawierające wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje wykonawca, w którym wymieniono m.in. w pozycji 12 kolejki linowe Lariks Combi oraz LS 1,5 – 303,5 Lanovka wskazując, iż mają minimalny zasięg 350 m oraz nośność 2 t.

Zamawiający nie wyjaśniał treści załącznika nr 5 do oferty ZUL Wisła w zakresie dotyczącym kolejek linowych.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwolił ustalić, iż wymienione w załączniku nr 5 do oferty ZUL Wisła modele kolejek linowych nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego opis zamawiający sformułował w pkt. 5.1 lit. c siwz. Dowiedzione przez odwołującego zostało, iż kolejka Larix Kombi ma zasięg 220 m, co wynika z twierdzeń ZUL Wisła zawartych w piśmie z dnia 12 stycznia 2012 r. włączonym wraz z załącznikami (faktura oraz umowa kupna z dnia 2 grudnia 2011 r.) - na wniosek odwołującego - w poczet materiału dowodowego. Z tymi twierdzeniami koresponduje załączony do odwołania wydruk ze strony internetowej (wydruk z dnia 5 stycznia 2012 r. z Otwartej Encyklopedii Leśnej). Zamawiający twierdził, iż brak litery „H” w opisie modelu kolejki oraz użycie nazwy „Lariks Combi” zamiast „Larix Kombi” potraktował jako omyłki pisarskie wyjaśniając, iż z doświadczenia we współpracy z ZUL Wisła wie, że dysponuje on urządzeniem Larix Kombi H, którego parametry techniczne (zasięg oraz nośność) odpowiadają wymaganiom siwz. Co do drugiej z kolejek Izba dała wiarę twierdzeniom odwołującego, iż oznaczenie „1,5” wskazuje na nośność urządzenia, tj. 1,5 tony, podczas gdy wymagano w siwz minimum 2,5 tony. Twierdzenia odwołującego potwierdzone zostały w piśmie ZUL Wisła z dnia 12 stycznia 2012 r.

Zważywszy przedstawione ustalenia faktyczne stwierdzić należy, iż wykonawca ZUL Wisła nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, którego opis sposobu oceny zdefiniował zamawiający w pkt. 5.1 lit. c siwz. Żadna z dwóch podanych w załączniku nr 5 do oferty ZUL Wisła kolejek linowych nie dysponuje minimalnymi parametrami wymaganymi przez zamawiającego w siwz.

Należy w tym miejscu wskazać na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, który wprost wskazuje, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i to wykonawcę obciążają konsekwencje niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegające na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Innymi słowy zatem zamawiający nie może domniemywać wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, to wykonawca zobowiązany jest w sposób zdefiniowany ustawą wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Obowiązki temu odpowiada jednak wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W praktyce oznacza to, iż zamawiający zobowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości dotyczące złożonych wraz z ofertą dokumentów (oświadczeń) w zakresie dotyczącym wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 4 Pzp), a także w przypadku stwierdzenia, iż wykonawca w terminie nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub

dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub złożył wymagane dokumenty i oświadczenia, o których owa w art. 25 ust. 1 Pzp zawierające błędy, wezwać go do ich złożenia w wyznaczonym terminie (art. 26 ust. 3 Pzp).

Zamawiający zatem zobowiązany był, gdy miał wątpliwości, co do tego, jaki model kolejki linowej został podany w załączniku nr 5 do oferty oraz jakie są jej parametry techniczne, wezwać ZUL Wisła do wyjaśnienia wątpliwości. Wobec wykazania przez odwołującego, iż żadna z podanych w załączniku nr 5 do oferty kolejek nie spełnia wymagań zamawiającego opisanych w siwz, Izba nakazała zamawiającemu wezwanie ZUL Wisła, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia oświadczenia zawierającego wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje wykonawca, w zakresie dotyczącym znajdujących się w dyspozycji lub posiadanych przez ZUL Wisła kolejek linowych, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, którego opis sposobu oceny został przez zamawiającego sformułowany w pkt. 5.1 lit. c siwz.

W celu zadośćuczynienia wezwaniu zamawiającego w tym zakresie wystarczające będzie, jeśli ZUL Wisła przedłoży swoje oświadczenie, w którym poda modele kolejek linowych znajdujących się w jego dyspozycji (posiadaniu) odpowiadających wymaganiom technicznym (zasięg, nośność) zawartym w siwz oraz poda ich nośność oraz zasięg. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie jest uprawniony, aby żądać od wykonawców, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów (oświadczeń), niż te wymienione w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226 poz. 1817, dalej „rozporządzenie”). Zamawiający, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w siwz, może żądać wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Zamawiający wymagał od wykonawców w pkt. 6.1 lit. f siwz - w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunku wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, którego opis sposobu oceny spełniania został dokonany przez zamawiającego w pkt. 5.1 lit. c siwz - wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje wykonawca. Rozporządzenie zatem pozwala zamawiającemu, w zakresie kwestionowanym przez odwołującego, żądać wyłącznie oświadczenia wykonawcy (wykazu). W tym zakresie zatem zarzut odwołania nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazane w odwołaniu uzasadnienie faktyczne zarzutu naruszenia powołanego przepisu odnosi się do kwestii wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymienionego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp. Odnosząc się zatem do argumentacji odwołującego przedstawionej w odwołaniu należy zwrócić uwagę na różnicę pomiędzy treścią oferty (oświadczenia woli wykonawcy), której niezgodność z treścią siwz skutkuje koniecznością odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), a obowiązkiem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust. 1 Pzp. Nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w którym zamawiający opisał sposób oceny ich spełnienia, skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp).

Ustalenia faktyczne nie pozwalają także na stwierdzenie, iż spółka ZUL Wisła podała nieprawdziwe informacje mogące lub mające wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdy łącznie wystąpią dwie przesłanki: złożono nieprawdziwe informacje i mają one lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 kc). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Na gruncie rozpoznawanej sprawy ciężar dowodu złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania spoczywa na odwołującym.

Analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego w świetle przedstawionej przez Izbę wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie daje podstaw do stwierdzenia, iż ZUL Wisła w zakresie dotyczącym dysponowania kolejkami linowymi Lariks Combi oraz LS 1,5 – 303,5 Lanovka złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik

postępowania.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy należy odróżnić niewykazanie przez ZUL Wisła spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5.1 lit. c siwz, od złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Ustawodawca wprost w art. 26 ust.3 Pzp przewidział sytuacje, w których wykonawca przedkłada wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia zawierające błędy. Wykonawca ZUL Wisła złożył w załączniku nr 5 do swojej oferty oświadczenie, że dysponuje kolejkami linowymi Lariks Combi oraz LS 1,5 – 303,5 Lanovka, Odwołujący dowiódł, iż parametry techniczne wskazanych kolejek nie pozwalają na stwierdzenie, iż wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z pkt 5.1 lit. c siwz, co ewentualnie – gdy nie zostanie przez wykonawcę zweryfikowane w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów (oświadczeń) na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – obligować będzie zamawiającego do wykluczenia ZUL Wisła z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Odwołujący jednak nie udowodnił, iż nieprawdziwą informacją jest, że spółka ZUL Wisła dysponuje/posiada kolejki Larix Kombi (błędy pisarskie nie są wystarczające do stwierdzenia nieprawdziwych informacji) oraz LS 1,5 – 303,5 Lanovka. Nawet jednak, gdyby spółka ZUL Wisła nie posiadała wymienionych kolejek, to nieprawdziwa informacja polegająca na podaniu w załączniku nr 5 do oferty modeli kolejek o parametrach technicznych nie spełniających wymagań opisanych w siwz, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący nie udowodnił także naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zobowiązany jest wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Odwołujący nie udowodnił, aby zamawiający - oceniając oferty wykonawców - zastosował do wyboru oferty najkorzystniejszej na zadanie 1 inne kryteria niż wskazane w siwz.

2.

Zgodnie z siwz zamawiający wymagał, aby wykonawcy, w celu wykazania, iż dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dysponowali minimum 40 osobami do pozyskania drewna, posiadającymi uprawnienia do pracy pilarką spalinową (pkt 5.1 lit. c siwz). Na potwierdzenie spełniania powołanego warunku udziału w postępowaniu zamawiający w pkt. 6.1. lit. e siwz wymagał wykazu osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie wraz z kwalifikacjami i uprawnieniami (wg wzoru stanowiącego

załącznik nr 4 do siwz). W powołanym załączniku należało m.in. podać funkcję (rolę) w realizowaniu zadania.

Do oferty ZUL Wisła załączono wykaz (załącznik nr 4 do oferty), w którego pozycji 14 wymieniono pana Antoniego H., a w pozycji 15 pana Jana H.. W odniesieniu do obu podano, jako funkcję w realizowaniu zadania, pilarz. Ogółem w załączniku nr 4 do oferty ZUL Wisła wymieniono 45 osób mających pełnić rolę pilarza.

Do oferty załączono także oświadczenia podmiotów trzecich, w tym oświadczenie Firmy Usługowej Beskidek s.c. Marta Matuszny, Wojciech Matuszny z dnia 5 grudnia 2011 r., w którym podmiot ten zobowiązał się do oddania ZUL Wisła do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia tj. potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Zamawiający wezwał ZUL Wisła pismem z dnia 12 grudnia 2011 r. m.in. do uzupełnienia informacji dotyczących oddania do dyspozycji potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia m.in. przez Firmę Usługową Beskidek s.c Marta Matuszny, Wojciech Matuszny.

W odpowiedzi ZUL Wisła przedłożył datowane na dzień 14 grudnia 2011 r. oświadczenie Firmy Usługowej Beskidek s.c Marta Matuszny, Wojciech Matuszny, iż wykonawca ten zobowiązuje się oddać do dyspozycji ZUL Wisła niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia tj. potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia wymieniając m.in. pilarzy – pana Antoniego H. oraz pana Jana H.

Zważywszy powołany stan faktyczny nawet, gdyby jedna ze wskazanych osób była zarejestrowana jako bezrobotna, nie sposób stwierdzić, iż odwołujący udowodnił podanie przez ZUL Wisła nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym dysponowania (na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy) osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. panem Janem lub Antonim H. Spółka ZUL Wisła w żadnym z dokumentów (oświadczeń) nie stwierdziła, iż wskazane osoby nie mają statusu bezrobotnego. Ponadto nawet, gdyby którakolwiek z osób była zarejestrowana jako bezrobotna, to nie ma przeszkód, aby w przyszłości uczestniczyła ona w realizacji zamówienia, a zatem aby została wskazana przez wykonawcę w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wymienionego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Dalej zauważyć także trzeba, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie jest także spełniona druga z przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem postawiony przez odwołującego zarzut podania nieprawdziwych informacji dotyczy jednego z dwóch pilarzy, a w załączniku nr 4 do oferty ZUL Wiśła wymieniono ich 45, zatem stwierdzić należy, iż nawet w przypadku, gdyby okazało się, iż zostały podane w kwestionowanym przez odwołującego zakresie (czego Izba nie stwierdziła) nieprawdziwe informacje, to ustalenie to pozostałoby bez wpływu na wynik postępowania - spółka ZUL Wiśła wykazała, iż dysponuje wymaganym potencjałem osobowym (minimum 40 pilarzy). Odwołujący nie zakwestionował dysponowania przez ZUL Wiśła pozostałymi 44 pilarzami. Zatem nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego w tym zakresie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W toku rozprawy odwołujący wycofał wnioski dowodowe sformułowane w odwołaniu, z wyjątkiem dowodu z wydruku ze strony internetowej (wydruk z dnia 5 stycznia 2012 r. z Otwartej Encyklopedii Leśnej).

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

