

Sygn. akt: KIO 100/13

WYROK

z dnia 31 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Emil Kawa

Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Z..... W..... oraz Z..... W....., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą „Wodnik” s.c. w Knurowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Knurów w Knurowie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Z..... W..... oraz Z..... W....., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą „Wodnik” s.c. w Knurowie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Z..... W..... oraz Z..... W....., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą „Wodnik” s.c. w Knurowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Z..... W..... oraz Z..... W....., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą „Wodnik” s.c. w Knurowie** na rzecz **Gminy Knurów w Knurowie** kwotę **534 zł 00 gr** (słownie: pięciuset trzydziestu czterech złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Knurów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „administrowanie i utrzymanie trzech cmentarzy komunalnych, zlokalizowanych w Knurowie przy ulicach: Rakoniewskiego, Słonecznej oraz 1 Maja-Plebiscytowej w okresie od 01.01.2013 do 31.12.2015 r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2012 r., nr 2012/S 192-316158.

W dniu 3 stycznia 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Z..... W..... oraz Z..... W....., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „Wodnik” s.c. w Knurowie, zwanym dalej „odwołującym” zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania. W zawiadomieniu tym zamawiający poinformował, iż odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu, zaś samo postępowanie zostało unieważnione z powodu niezłożenia ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz wobec czynności unieważnienia postępowania, odwołujący wniósł w dniu 17 stycznia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie,
- 2) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie,
- 3) przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców,
- 4) przepisu art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie,
- 5) przepisu 26 ust 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, pomimo iż zaszły ku temu przesłanki.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego oraz odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

- 4) oraz o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych, w oparciu o fakturę i dowody poniesionych wydatków przedstawione na posiedzeniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wywodził, że zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż odwołujący „miał świadomość, iż nie dysponuje wskazanymi osobami”. Argumentował, że prowadził rozmowy z Panem M..... P..... i A..... G....., również w obecności osób trzecich i wskazywały one na chęć kontynuacji zatrudnienia u odwołującego, są to bowiem osoby, które świadczyły pracę na obiektach których dotyczy zamówienie we wcześniejszym okresie, również u odwołującego, a następnie przeszły do wykonawcy – E..... M....., która wykonywała zadanie na tychże obiektach w poprzednim okresie. W celu wykazania powyższego wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka H..... S..... oraz dowodu z przesłuchania strony – Z..... W..... Skoro rozmowy takie miały miejsce, to nie można było założyć, że odwołujący świadomie i obiektywnie podał nieprawdziwe informacje. Należało ocenić moc dowodową oświadczeń aktualnych pracowników wykonawcy E..... Ma....., którzy wprawdzie oświadczyli jakoby nie wchodzili w porozumienie z odwołującym, jednocześnie zamawiający nie rozważył faktu, iż oświadczenia te pochodziły wyłącznie od drugiego z wykonawców zainteresowanego uzyskaniem zamówienia i w kontekście tego faktu nie sposób było uznać ich treści za rzetelną i zgodną z rzeczywistością, skoro zamawiający nie zbadał tego faktu w żaden inny obiektywny sposób. Nie można również wykluczyć celowego oświadczenia pracowników E..... M..... o różnych treściach wobec odwołującego i zamawiającego, co miałyby na celu wyeliminowanie odwołującego z postępowania. Odwołujący wywodził również, że dysponuje bezsprzecznie znacznie większą ilością osób o pożądanym kwalifikacjach.

Odwołujący nie zgadzał się także ze stanowiskiem zamawiającego, który uznał, iż nie wykazał warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie dołączył polisy potwierdzającej posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej o określonych cechach. Wywodził, że zamawiający miał obowiązek wezwać odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie wezwał odwołującego również do złożenia wyjaśnień co do treści przedstawionej mu polisy, pomimo że kierował inne wezwania do odwołującego celem ustalenia, czy złożył on nieprawdziwe informacje.

Zdaniem odwołującego, niezasadne wykluczenie go z postępowania doprowadziło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego nie podlegała bowiem odrzuceniu, a zatem nie ziszcila się przesłanka, która obliuguje zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Zdaniem odwołującego opisane naruszenia ustawy Pzp prowadziły do wypaczenia wyniku postępowania i stanowią o naruszeniu określonej art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 28 stycznia 2013 r., w której wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A..... M....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą REST w Knurówie oraz Stolarstwo Ogólne, Usługi Pogrzebowe, Grabarstwo w Rudzie Śląskiej. Nie zachowali terminu do zgłoszenia przystąpienia ani nie przekazali kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, pismo wykonawcy E..... M..... z 15.11.2012 r. wraz z oświadczeniami Pana M..... P..... i Pana A..... G....., wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego o złożenie wyjaśnień z 22.11.2012 r., wyjaśnienia odwołującego z 27.11.2012 r., rozstrzygnięcie postępowania z 03.01.2013 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, zeznania świadka Pana M..... P....., przesłuchanie w charakterze strony Pana Z..... W....., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron, złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą REST w Knurówie oraz Stolarstwo Ogólne, Usługi Pogrzebowe, Grabarstwo w Rudzie Śląskiej. Izba stwierdziła, że wykonawcy nie zachowali terminu na zgłoszenie przystąpienia ani nie przekazali kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu. Nie było sporne, że kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia wykonawcy

otrzymali pocztą elektroniczną w dniu 17 stycznia 2013 r. Wykonawcy, w trakcie posiedzenia potwierdzili, że w dacie tej kopię odwołania wraz z wezwaniem otrzymali. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło zaś do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2013 r. Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane na poczcie w dniu 18 stycznia 2013 r., jednakże ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 18 stycznia 2013 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem ponieważ pismo wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 22 stycznia 2013 r., a zatem z uchybieniem trzydniowego zawitego terminu na zgłoszenie przystąpienia, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia. W świetle art. 185 ust. 2 ustawy Pzp również niewypełnienie obowiązku przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia stronom stanowi przeszkodę do stwierdzenia skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Powyższe skutkowało koniecznością niedopuszczenia zgłaszającego do przystąpienia do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu i unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, że z naruszeniem przepisów ustawy zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania i w konsekwencji unieważnił postępowanie, prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności wykluczenia, jak również unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Przedmiotem zamówienia jest administrowanie i utrzymanie cmentarzy (Rozdział II SIWZ).

Zamawiający zastrzegł, iż o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy:

- a) dysponujący minimum 2 osobami do prac porządkowo-konserwacyjnych,
- b) dysponujący minimum 1 osobą posiadającą przygotowanie zawodowe w zakresie ogrodnictwa, konserwacji terenów zielonych lub pokrewne (leśne, ogrodnicze),
- c) posiadający opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę co najmniej 100.000,00 zł.

(Rozdział V, pkt 1.3.3-4 SIWZ, pkt 1.4)

W celu potwierdzenia tak opisanych warunków udziału w postępowaniu należało złożyć:

- a) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (...) wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami,
- b) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia.

(Rozdział VI, pkt 1.3 i 1.5 SIWZ)

Zamawiający załączył do SIWZ wzór wykazu osób, w którym w kolumnie 4 należało przedstawić informację o podstawie dysponowania osobami wymienionymi w wykazie (dysponowanie bezpośrednio lub dysponowanie pośrednio). Zamawiający, powołując się na opinię prawną UZP, zamieścił definicję dysponowania bezpośredniego, stosownie do której jest to „*stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie którą (którymi) wykonawca się powołuje, np. na podstawie umowy o pracę, umowy o świadczenie usług, umowy przedwstępnej, czy też samozatrudnienie się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą (jeżeli osoba ta będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zamówienia)*”.

Do upływu terminu składania oferty złożyli:

- a) odwołujący,
- b) Usługowy Zakład Gospodarczy E..... M....., Knurów,

- c) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A..... M....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą REST w Knurowie oraz Stolarstwo Ogólne, Usługi Pogrzebowe, Grabarstwo w Rudzie Śląskiej.

Celem wykazania opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnym do wykonania zamówienia odwołujący załączył do złożonej przez siebie oferty wykaz osób, w którym:

- a) w pozycji 5 wyszczególnił M..... P..... na stanowisko osoby do prac konserwacyjno-porządkowych, wskazując jako podstawę dysponowania „dysponowanie bezpośrednie”,
- b) w pozycji 6 wyszczególnił A..... G..... na stanowisko osoby odpowiedzialnej za pielęgnację zieleni, wskazując jako podstawę dysponowania „dysponowanie bezpośrednie”.

Celem wykazania opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu co do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej odwołujący złożył wraz z ofertą polisę wystawioną przez Ergo Hestia S.A. nr 903003203414. Z treści polisy wynika, iż główną działalnością wykonawcy, której dotyczy polisa jest działalność określona PKD 56.10.A/2007 tj. Restauracje i inne stałe placówki gastronomiczne (s. 1 polisy). Do polisy dołączono również wniosek o zawarcie umowy ubezpieczenia, w którym wymieniono następujące rodzaje prowadzonej działalności przez ubezpieczonego:

- 1) PKD 47.11.Z 2007 – sprzedaż detaliczna prowadzona w niewyspecjalizowanych sklepach z przewagą żywności napojów i wyrobów tytoniowych,
- 2) PKD 96.04.Z 2007 – działalność usługowa związana z poprawą kondycji fizycznej,
- 3) PKD 96.09.Z 2007 – pozostała działalność usługowa, gdzie indziej niesklasyfikowana,
- 4) PKD 56.10.A 2007 – restauracje i inne stałe placówki gastronomiczne.

Z kolei kod PKD 96.09.Z 2007 – Pozostała działalność usługowa, gdzie indziej niesklasyfikowana, obejmuje:

- 1) działalność astrologiczną i spirytystyczną,
- 2) działalność biur towarzyskich, biur matrymonialnych, działalność agencji hostess,
- 3) działalność usługową związaną z opieką nad zwierzętami domowymi w zakresie żywienia, pielęgnowania, strzyżenia, pilnowania i tresury,
- 4) wyłapywanie bezpańskich zwierząt,
- 5) działalność organizacji badających genealogię,
- 6) działalność salonów tatuażu i piercingu,
- 7) usługi czyścibutów, portierów, pracowników wyznaczonych do parkowania samochodów itp.,

- 8) dorabianie kluczy,
- 9) działalność samoobsługowych maszyn na monety, takich jak: automaty fotograficzne, wagi, urządzenia do mierzenia ciśnienia krwi, szafki na monety itp.

W dniu 19 listopada 2012 r. wykonawca E..... M....., złożyła do zamawiającego pismo, w którym poinformowała o podejrzeniu złożenia przez odwołującego nieprawdziwych informacji znajdujących się w złożonym przez odwołującego wykazie osób. Podejrzenie to dotyczyło oświadczenia o dysponowaniu bezpośrednim przez odwołującego osobami M..... P..... i A..... G..... E..... M..... wskazała, że M..... P..... jest obecnie zatrudniony w jej firmie na podstawie umowy o pracę. Osoba ta nie prowadziła żadnych rozmów z Panem W..... w przedmiocie wykonywania prac przy realizacji zamówienia dla odwołującego. Natomiast A..... G..... jest byłym pracownikiem UZG E..... M....., z którym zakończono współpracę z przyczyn zdrowotnych, niepozwalających na świadczenie jakiegokolwiek pracy zarobkowej. Wskazała, że nie wyrażał on zgody na świadczenie usług dla odwołującego w ramach przedmiotowego zamówienia.

Na dowód powyższego załączyła oryginał pisma M..... P..... (datowanego na 14.12.2012r.), w którym oświadczył on, że jest zatrudniony u Pani E..... M..... na podstawie umowy o pracę i nie zawierał żadnej umowy ustnej ani pisemnej ze Z..... W..... Ponadto Z..... W..... nie dysponuje jego osobą pośrednio ani bezpośrednio, zaś wpisując go w ofercie zrobił to bez jego wiedzy i zgody.

Załączono również oryginał pisma A..... G..... (datowanego na 14 listopada 2012 r.), w którym A..... G..... oświadczył, że ze względu na stan zdrowia nie może podejmować żadnej pracy zarobkowej. Ponadto oświadczył, że nie wyrażał zgody na umieszczenie go w ofercie złożonej przez odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 22.11.2012 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, na jakiej podstawie odwołujący wskazał w wykazie osób, że dysponuje bezpośrednio M..... P..... oraz A..... G..... Zamawiający poinformował w wezwaniu o treści pisma złożonego przez E..... M....., jak również o złożonych przez nią oryginałach oświadczeń M..... P..... i A..... G..... Zamawiający nadmieniał, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia służyć będą ustaleniu, czy spełnione zostały przesłanki określone w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na skutek złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W dniu 28 listopada 2012 r. do zamawiającego wpłynęły wyjaśnienia odwołującego. W wyjaśnieniach odwołujący podnosił, że M..... P..... i A..... G..... byli pierwotnie pracownikami odwołującego (tj. w okresie do końca 2009 r., kiedy to odwołujący pełnił funkcję administratora cmentarzy w Knurowie). Osoby te od 1 stycznia 2010 r. przeszły do firmy konkurencyjnej – UZG E..... M....., w związku z wygraną przez nią przedmiotowego przetargu. Odwołujący w złożonym przez siebie piśmie wyjaśniał, że od stycznia 2010 r. do czasu złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu Z..... W..... wielokrotnie rozmawiał z ww. osobami i deklarowały one przejście do firmy odwołującego w razie wygrania przetargu na świadczenie usług administrowania cmentarzami. Odwołujący wywodził, że bazując na tych ustaleniach złożył prawdziwe z punktu posiadanej wiedzy na moment składania ofert informacje. Wywodził, że dysponuje dalszymi osobami na stanowisko w zakresie prac porządkowo-konserwacyjnych i posiadających kwalifikacje ogrodnika-sadownika. Załączył do wyjaśnień nowy wykaz osób wskazując inne, niż pierwotnie osoby, do realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Żaden z zarzutów nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że postępowanie dowodowe w sposób niezbity wykazało, że odwołujący nie miał żadnych podstaw do wskazania w wykazie osób M..... P..... i A..... G....., którymi miał dysponować bezpośrednio. W ocenie Izby umieszczenie tych osób w wykazie opierało się tylko na bezpodstawnych domysłach i przypuszczeniach odwołującego, że w razie uzyskania przez niego zamówienia publicznego, osoby te być może podejmą u niego pracę. Owe przypuszczenia i domysły opierały się jedynie na tym, że osoby te w przeszłości, tj. do końca grudnia 2009 r. były pracownikami odwołującego, a wobec przegrania przez niego poprzedniego postępowania dotyczącego administrowania cmentarzami, przeszły do pracy w konkurencyjnej firmie należącej do wykonawcy E..... M..... Osoby te nie wyrażały jednak zgody na umieszczenie ich w wykazie osób przez odwołującego, nie zawierały w tym zakresie żadnych umów ani pisemnie ani ustnie. W ocenie Izby, w okresie od początku 2010 r. do chwili złożenia oferty przez odwołującego w rozpoznawanym postępowaniu, nie doszło do zawarcia takiej umowy, a nawet nie były w tym zakresie prowadzone rozmowy. Ponadto Izba stwierdziła, że umieszczenie obu osób w wykazie przez odwołującego nastąpiło ze świadomością, że odwołujący nimi nie dysponuje bezpośrednio.

Ustalenia te Izba poczyniła przede wszystkim w oparciu o zeznania świadka M..... P..... Słuchany w trakcie rozprawy oświadczył kategorycznie, że od 2010 r. tj. od chwili przejścia do pracy u E..... M....., nie prowadził jakichkolwiek rozmów ze Z.....

W....., które czy to w formie pisemnej czy to ustnej mogły prowadzić do ustalenia, że zawarto jakiegokolwiek porozumienie w tym zakresie. Ponadto, jak wynika z zeznań świadka, dopiero po wezwaniu przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień Z..... W..... pojawił się z wizytą na działce u M..... P..... Nawet wtedy, a więc już po złożeniu oferty nie były prowadzone rozmowy co do podjęcia przez świadka pracy u Z..... W..... Celem spotkania było nakłonienie świadka, aby podpisał on oświadczenie, że przed złożeniem oferty prowadził rozmowy z odwołującym o przejściu do pracy w jego firmie. Świadek jednak kategorycznie odmówił podpisania takiego oświadczenia. Próba nakłonienia świadka do podpisania niezgodnego z rzeczywistością oświadczenia prowadzi do wniosku, że umieszczeniu w wykazie osób M..... P..... towarzyszyła świadomość po stronie odwołującego, że osobą tą – która wszak była pracownikiem firmy konkurencyjnej – nie dysponuje, zwłaszcza bezpośrednio. Tym bardziej, że odwołujący miał świadomość, że dysponowanie bezpośrednio to *stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie którą (którymi) wykonawca się powołuje, np. na podstawie umowy o pracę, umowy o świadczenie usług, umowy przedwstępnej, czy też samozatrudnienie się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą (jeżeli osoba ta będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zamówienia)*, gdyż taką definicję zamawiający zamieścił we wzorze wykazu osób.

Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności zeznaniom świadka. Były one spójne z treścią pisemnego oświadczenia tego świadka, które uprzednio złożono zamawiającemu. Ponadto zeznania te Izba ocenia jako autentyczne. Świadek w sposób spontaniczny przedstawiał wersję wydarzeń, bez wahania odpowiadał na zadawane pytania. Tezie przedstawionej w trakcie rozprawy przez Z..... W....., jakoby M..... P..... miał deklarować chęć powrotu do pracy w jego firmie, przeczyły również okoliczności w jakich przebiegała współpraca obu panów jak i rozwiązanie umowy o pracę. Świadek zeznał bowiem, że nie zamierzał wracać do pracy u odwołującego, gdyż zdarzało się, że pomimo pracy fizycznej przy temperaturach powietrza dochodzących do + 30 stopni odwołujący miał nie zapewniać mu wody. Ponadto na przełomie 2009/2010 doszło do konfliktu pomiędzy obu panami na tle wypłaty ekwiwalentu za zaległy urlop, który został wypłacony dopiero wskutek perspektywy wytoczenia powództwa o zapłatę przez M..... P..... przed sąd pracy. Powyższego negatywnego nastawienia świadka nie zmieniło nawet późniejsze załagodzenie konfliktu pomiędzy nimi, jakie nastąpiło po wypłacie ekwiwalentu czy nawet fakt podjęcia przez świadka dorywczej pracy przy remoncie ogrodu u Z..... W.....

Co do oświadczenia M..... P..... złożonego w formie pisemnej Izba nie znalazła podstaw, aby stwierdzić, by świadek podpisując to oświadczenie, nie był świadom tego co podpisuje. W trakcie rozprawy M..... P..... potwierdził autentyczność

podpisu, zaś zapytany o powtórzenie oświadczenia odparł bez wahania, że treścią tego oświadczenia było to, że nie rozmawiał ze Z..... W..... na temat powrotu do niego do pracy.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie dysponował również w żaden sposób osobą A..... G..... Wynikało to z treści własnoręcznego oświadczenia, w którym wskazano że nie wyrażał on zgody na umieszczenie go w wykazie osób. Tezie odwołującego jakoby prowadził on rozmowy z A..... G..... przeczyło to, że A..... G..... rozwiązał umowę o pracę z Panią E..... M..... z powodów zdrowotnych, na co wskazywało pismo E..... M..... i oświadczenie A..... G..... W oświadczeniu tym można przeczytać, że z powodów zdrowotnych A..... G..... wyjaśnia, że nie może podejmować jakiegokolwiek pracy zarobkowej. Skoro rozwiązanie umowy o pracę nastąpiło z przyczyn zdrowotnych, które uniemożliwiły nie tylko dalszą pracę u Pani E..... M....., ale i jakąkolwiek pracę zarobkową, to wbrew logice byłoby przyjęcie, że miałby on wyrazić zgodę na pracę u odwołującego. Ponadto gdyby istotnie toczyły się rozmowy pomiędzy Z..... W..... a A..... G....., to Z..... W..... musiałby o chorobie swego rozmówcy wiedzieć. Trudno bowiem przypuszczać aby w trakcie rozmów na temat podjęcia pracy fizycznej nie został poruszony temat choroby Pana G....., która – jak wynika z oświadczenia – uniemożliwia mu jakiegokolwiek zarobkowanie. Tymczasem Z..... W..... w trakcie rozprawy oświadczył wyraźnie, że o chorobie A..... G..... dowiedział się dopiero w oparciu o jego oświadczenie z dnia 14 listopada 2012 r. Przeczy to tezie, że miały miejsce jakiegokolwiek rozmowy na temat podjęcia przez A..... G..... pracy u odwołującego.

Izba wzięła pod uwagę również to, że odwołujący nie przeprowadził żadnego przekonującego dowodu przeciwnego na okoliczność nie tylko, że doszło do zawarcia umowy ustnej czy pisemnej, ale nawet na okoliczność, że w ogóle prowadził jakiegokolwiek rozmowy na temat pracy Panów P..... i G.....

Po pierwsze zamawiający zamieścił we wzorze wykazu osób definicję „dysponowania bezpośredniego”, a więc z pewnością znana była ona odwołującemu. Po drugie, zamawiający stworzył odwołującemu możliwość złożenia przekonujących i popartych dowodami wyjaśnień. Wezwał bowiem odwołującego do wyjaśnienia czym kierował się wskazując, że dysponuje ww. osobami bezpośrednio. Odwołujący miał świadomość jakim materiałem dowodowym zamawiający dysponuje i że nie jest to wyłącznie samo głośne twierdzenie jego konkurenta – Pani E..... M....., ale że w posiadaniu zamawiającego są również własnoręczne oświadczenia Panów P..... i G..... Wiedział, że postępowanie wyjaśniające ma na celu ustalenie, czy złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem zamawiający wyraźnie go o tym poinformował. Odwołujący mógł zatem przeprowadzić dowód przeciwny. Przykładowo –

skoro w odwołaniu powoływał się na to, że świadkiem rozmów pomiędzy nim a Panem P..... był Pan H..... S....., to mógł do swych wyjaśnień załączyć oświadczenie tej osoby, czego jednak odwołujący nie uczynił.

Odwołujący nie przeprowadził również żadnego przekonującego dowodu przeciwnego na etapie postępowania odwoławczego. W szczególności, pomimo wezwania, nie stawiał się na rozprawę wnioskowaną przez odwołującego świadek H..... S....., który miał być obecny w trakcie rozmów Z..... W..... i M..... P..... Okoliczności tej stanowczo zaprzeczył M..... P..... który stwierdził, że nie prowadził jakichkolwiek rozmów o pracę ze Z..... W....., a zwłaszcza w obecności H..... S..... Izba nie zdecydowała się odroczyć rozprawy i wezwać świadka H. S ponownie, gdyż – jak oświadczone Izbie w trakcie rozprawy – H..... S..... miał oświadczyć, że nie zamierza się stawiać na jakąkolwiek rozprawę z uwagi na chorobę żony. Izba uchyliła zatem swe postanowienie co do przeprowadzenia dowodu z zeznań tego świadka. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę to, że nie dysponuje – analogicznymi jak Sąd – środkami przymusu, zatem nawet odraczenie rozprawy nie doprowadziłoby do przeprowadzenia tego dowodu, wbrew wyraźnej woli osoby powołanej na świadka. Zaś odwołujący nie wniósł zastrzeżenia co do postanowienia Izby w przedmiocie uchylenia postanowienia dowodowego. Natomiast wyjaśnienia złożone przez Z..... W..... słuchanego w charakterze strony – z powodów wskazanych wyżej – Izba częściowo uznała za niewiarygodne.

W ocenie Izby złożone świadomie przez odwołującego nieprawdziwe informacje mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokument – wykaz osób, składany jest z zamiarem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Uwzględnienie wykazu osób pomimo niezgodnych z rzeczywistością informacji w nim zawartych, umożliwiłoby odwołującemu – wbrew postanowieniom SIWZ – uzyskanie zamówienia, pomimo że osobami zdolnymi do wykonania zamówienia bezpośrednio, ani w żaden inny sposób, nie dysponował. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie.

Chybionym okazał się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wywodził, że zamawiający miał obowiązek wezwać go do uzupełnienia polisy potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak wynikało z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego, żadna z rodzajów działalności gospodarczej, których dotyczyła złożona przez odwołującego polisa ubezpieczenia OC nie była związana z przedmiotem zamówienia określonym w rozdziale II

SIWZ. W tej sytuacji koniecznym było zbadanie, czy zaktualizował się obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu. Stosownie bowiem do art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.* Literalna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że w razie niezłożenia lub złożenia obarczonego błędami dokumentu, który miał potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia. Dostrzeżenia wymaga jednak, że zasada ta doznaje dwóch wyjątków, które uprawniają zamawiającego do zaniechania takiej czynności. Pierwszy dotyczy sytuacji, gdy konieczne jest unieważnienia postępowania, zaś drugi – jeżeli oferta podlegałaby odrzuceniu. Wyjątki znajdują zatem uzasadnienie w ekonomice postępowania.

Jak ustalono, zamawiający zasadnie stwierdził, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Natomiast w myśl art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Skoro zatem oferta odwołującego musiała zostać uznana za odrzuconą, w ocenie Izby nie zaktualizował się obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia wymaganej polisy. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji odwołujący z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej podlegał dodatkowo wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jak stwierdzono, odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania, zaś jego ofertę należało uznać za odrzuconą. Poza odwołującym ofertę złożyli jeszcze dwaj inni wykonawcy, których oferty zostały jednak przez zamawiającego odrzucone. Zatem zaktualizował się obowiązek unieważnienia postępowania, o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z przywołanym przepisem *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.*

Skutkiem niepotwierdzenia się żadnego zarzutu było również stwierdzenie, że zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający przez zaskarżone czynności i zaniechania nie mógł naruszyć przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przez odwołującego przepis stanowi, że *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie przepisów ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie zawarł umowy, więc nie mógł naruszyć przywołanego przez odwołującego przepisu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w rozpoznawanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba, na podstawie § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a przywoływanego rozporządzenia zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę w wysokości 534 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....