

Sygn. akt: KIO 817/14

WYROK
z dnia 8 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2014r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2014r. przez **odwołującego Konsorcjum wykonawców:** Rybnickie Zakłady Naprawcze Sp. z o.o. ul. Rymera 19, 44-270 Rybnik (Lider); DEMETRIX Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul.1-go Maja 35, 41-940 Piekary Śląskie(Członek); Zakład Projektowania i Doradztwa Technicznego „GORPROJEKT” Sp. z o.o. ul. Łużycka 16, 44-100 Gliwice(Członek); Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe OVUM Sp. z o.o. ul. Łużycka 16, 44-100 Gliwice(Członek) w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego **Konsorcjum wykonawców:** I - CONA Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Rutkowskiego 4, 41-100 Siemianowice Śląskie(Lider) oraz MAS Sp. z o.o. ul. Żeliwna 38,40-559 Katowice (Członek)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu wykonawcy wybranego do przedstawienia Porozumienia między pracodawcami oraz Umowy o pracę przedwstępną z dnia 21.11.2013r. zawartych pomiędzy Legato Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 74 e, 41-810 Zabrze, B..... S..... zam. ul. Polna 54/20, 43-251 Pniówek i MAS Sp. z o.o. ul. Żeliwna 38, 40-599 Katowice oraz potwierdzenia przez strony daty jej zawarcia i podpisu złożonego przez B..... S..... .

2. kosztami postępowania obciąża Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Rybnickie Zakłady Naprawcze Sp. z o.o. ul. Rymera 19, 44-270 Rybnik (Lider); DEMETRIX Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul.1-go Maja 35, 41-940 Piekary Śląskie(Członek); Zakład Projektowania i Doradztwa Technicznego „GORPROJEKT” Sp. z o.o. ul. Łużycka 16, 44-100 Gliwice(Członek); Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe OVUM Sp. z o.o. ul. Łużycka 16, 44-100 Gliwice(Członek) tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój kwotę 18.600 **zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Rybnickie Zakłady Naprawcze Sp. z o.o. ul. Rymera 19, 44-270 Rybnik (Lider); DEMETRIX Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul.1-go Maja 35, 41-940 Piekary Śląskie(Członek); Zakład Projektowania i Doradztwa Technicznego „GORPROJEKT” Sp. z o.o. ul. Łużycka 16, 44-100 Gliwice(Członek); Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe OVUM Sp. z o.o. ul. Łużycka 16, 44-100 Gliwice(Członek) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. Nr 907 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:

Uzasadnienie

Odwołujący wskazał następujące czynności lub zaniechania zamawiającego, którym zarzuca niezgodność z przepisami ustawy: 1. niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum w składzie I-CONA sp. z o.o. sp. k. oraz MAS sp, z o.o, (dalej wykonawca wybrany/przystępujący), który to wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu: a) złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania b) nie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji czego którego oferta winna zostać odrzucona, 2. niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na nieodrzuconiu oferty wykonawcy, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a przez to, pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego na wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący dokonując zwięzłego przedstawienia zarzutów wskazał na: 1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, 2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, 3. naruszenie art. 24 ust. 4 ww. ustawy, poprzez zaniechanie uznania oferty wykonawcy wybranego za wykluczonego z postępowania zaś ofertę za odrzuconą, 4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy, poprzez nieodrzuconie oferty wykonawcy wybranego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący złożył następujące wnioski (żądania) co do rozstrzygnięcia odwołania: 1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, b) ponownego dokonania badania i oceny oferty wykonawcy wybranego, c) wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego, a w konsekwencji, uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy d) dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego na wykonanie zamówienia jako najkorzystniejszej. 2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania. W przypadku uwzględnienia zarzutu nr 4 odwołujący wnosi o: 1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, b) ponownego

dokonania badania i oceny oferty wykonawcy wybranego, c) odrzucenia oferty wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji d) dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego na wykonanie zamówienia jako najkorzystniejszej. 2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny i prawny wniesionego odwołania oraz wskazał dowody na ich poparcie.

Zamawiający i przystępujący po jego stronie/ wykonawca wybrany wnieśli o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy: „Wyciszenia wentylatorów na stacji wentylatorów głównych WPK 3,9 przy szybie Vz i wentylatorów WPR 200/1,8 przy szybie IVz KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Zofiówka”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.12.2013r. pod poz. 2013/S 249-437674.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę: 13.200.000,00zł. netto.

Termin składania ofert upłynął 03.03.2014r. o godz. 10.00.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaka zmierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 16.236.000,00zł. brutto.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty.

Oferta odwołującego na kwotę brutto: 16.205.250,00zł. i Oferta wykonawcy wybranego / przystępującego na kwotę brutto: 9.840.000,00zł.

Obydwaj wykonawcy zaoferowali 36 miesięcy okresu gwarancji.

W wyniku dokonanej oceny ofert zamawiający przyznał wykonawcom kolejno następującą punktację złożonych ofert za cenę i okres gwarancji:

1. Ofercie odwołującego: 62,69 pkt;
2. Ofercie wykonawcy wybranego/przystępującego:100 pkt.

Jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę przystępującego, która uzyskała najwyższą punktację w obowiązujących kryteriach oceny ofert.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty nastąpiło w dniu 15.04.2014r. poprzez zawiadomienie faksem i pocztą.

Odwołanie wpłynęło do Izby i zamawiającego w ustawowym terminie to jest 24 kwietnia 2014r.

Powyższych ustaleń Izba dokonała na podstawie Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, prowadzonego przez zamawiającego.

W związku ze złożonym odwołaniem i wnioskami dowodowymi stron i uczestnika, Izba przeprowadziła na rozprawie, postępowanie dowodowe z dokumentów dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej do akt sprawy i poświadczonej przez zamawiającego za zgodność z oryginałem oraz dokumentów przedłożonych przez strony, dokonując w jego wyniku następujących ustaleń.

Pismem z dnia 18.03.2014r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe dotyczyło zobowiązań podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji na czas wykonywania zamówienia zasobów oraz wykazu osób. Wykonawca wybrany dołączył zobowiązania podmiotów trzecich nie potwierdzając ich za zgodność z oryginałem. W wykazie osób znalazły się osoby posiadające uprawnienia spawacza ale brak poświadczeń na uprawnienie do wykonywania prac powyżej trzech metrów wysokości.

Pismem z dnia 20.03.2014r. wykonawca wybrany złożył zobowiązania podmiotów trzecich oraz nowy wykaz osób gdzie między innymi wskazał jako osobę, którą dysponuje na podstawie umowy o pracę Pana R..... D..... spawacz.

W dniu 20 marca 2014r. odwołujący złożył pismo do zamawiającego, w którym zwrócił uwagę na szereg nieprawidłowości w ofercie wykonawcy wybranego. Między innymi wskazał na nieprawidłowości jak poniżej. W ofercie wykonawcy wybranego wykazy osób wskazują na zatrudnienie Pana T..... P..... i Pana R..... D....., jako pracowników wykonawcy wybranego. Na dowód poświadczenia nieprawdy odwołujący załączył oświadczenia obydwu osób wskazujące na to, że nie są pracownikami wykonawcy wybranego oraz, że nie udostępniali im zasobów. Ponadto odwołujący wskazuje, że Pan R..... D..... jest wieloletnim pracownikiem odwołującego. Przy wskazaniu na powyższe odwołujący wnosi do zamawiającego do wyeliminowania wykonawcy wybranego z postępowania, ponieważ nieprawdziwe informacje dyskredytują wykonawcę w opinii Urzędu Zamówień Publicznych jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca powinien być wykluczony a oferta jego odrzucona. Takie też stanowisko reprezentował odwołujący w złożonym odwołaniu.

Zamawiający pismem z dnia 26.03.2014r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy. Zamawiający wezwali o dostarczenie oryginału umowy lub kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem z Panem R..... D..... Również poproszono o umowę z Panem T..... P..... .

Pismem z dnia 31.03.2014r. wykonawca wybrany udzielił zamawiającemu między innymi następujących wyjaśnień. Co do Pana R..... D..... to konsorcjum zamierzało zarzec umowę z tym Panem. Wskutek niedopatrzenia podano jego imię i nazwisko w formularzu wykazu osób załączonym do oferty mimo, że nie udało się z nim zawrzeć umowy. Jak wskazuje wykonawca wybrany było to efektem niedopatrzenia a nie zamiaru wprowadzenia w błąd zamawiającego. Tego samego rodzaju wyjaśnienia złożono w stosunku do osoby Pana T..... P..... . Ponadto wykonawca wybrany skwitował, że zamawiający na etapie wyjaśnień nie może żądać dokumentów w tym umowy o pracę od wykonawcy.

W związku z zakwestionowaniem w odwołaniu dysponowania osobą Pana B..... S..... i wnioskiem o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka Pana B..... M..... wiceprezesa zarządu lidera odwołującego Rybnickich Zakładów Naprawczych świadek ten zeznał jak poniżej. Z jego zeznań wynika, że Pan B..... S..... w rozmowie z nim stwierdził, że nie jest mu wiadome o tej ofercie, ale być może pracodawca nim zadysponował. Izba odmówiła przesłuchania w charakterze świadka Pana B..... S....., ponieważ wymagało by to odroczenia terminu rozprawy a świadek nie stawiał się na termin rozprawy.

Uczestnik na rozprawie przedłożył Porozumienie między pracodawcami oraz Umowę o pracę przedwstępną nosząca datę 21.11.2013r. Umowa ma charakter trójstronny. Jej stronami są: Legato sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, B..... S..... pracownik, MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (członek konsorcjum) jako przyszły pracodawca. Pod umową zostały złożone podpisy w tym przez Pana B..... S..... jako pracownika. Z treści umowy wynika, że spółka Legato jest aktualnym pracodawcą pracownika. Przyszły pracodawca chciałby skorzystać z usług pracownika z uwagi na posiadane przez niego uprawnienia budowlane czyli spółka MAS. Pracodawca wyraża zgodę na zatrudnienie pracownika przez przyszłego pracodawcę z zamiarem udzielenia w tym celu pracownikowi urlopu bezpłatnego. Pracownik wyraża zgodę na takie rozwiązanie. Strony porozumienia i umowy o pracę określiły warunki przyszłej umowy o pracę oraz czas obowiązywania porozumienia. W sprawach nieuregulowanych strony przewidziały obowiązywanie kodeksu cywilnego a dla wszelkich zmian strony przewidziały formę pisemnej pod rygorem nieważności.

Na podstawie powyżej opisanych ustaleń Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego uwodnił, że Pan B..... S..... nie wiedział o tym, że wykonawca wybrany/przystępujący przedstawił jego osobę jako wyznaczoną do udziału w przedmiotowym postępowaniu. Tak zeznał, pouczony o odpowiedzialności karnej świadek Pan B..... M..... wiceprezes zarządu spółki będącej liderem konsorcjum wykonawców odwołującego. Pan B..... S..... nic nie wiedział o tej ofercie. Niemniej nie wyklucza, że pracodawca nim zadysponował.

Z kolei wykonawca wybrany/przystępujący na rozprawie w poczet dowodów złożył oryginał Porozumienia między pracodawcami i Umowę o pracę przedwstępną, z którego wynika, że Pan B..... S..... wiedział o przedmiotowej ofercie oraz podpisał Porozumienie i jednocześnie Umowę Przedwstępną z dnia 21.11.2013r. czyli przed datą ogłoszenia o zamówieniu oraz przed rozmową ze świadkiem. Pomimo to, jak zeznał świadek, Pan B..... S..... nie wie nic o tej ofercie. Jednak nie wyklucza, że pracodawca nim zadysponował. Niemniej z powyższego zeznania wynika prawdopodobieństwo, że Porozumienie i Umowa zostały podpisane po rozmowie ze świadkiem. Stąd Pan B..... S..... nie wiedział, że podpisał umowę na rzecz wykonawcy wybranego. Takie nasuwają się logiczne wnioski z zeznań wiceprezesa spółki konsorcjum odwołującego.

Powyższe okoliczności to jest zeznania świadka i przedłożone Porozumienie i Umowa o pracę wskazują na możliwość sporządzenia umowy po rozmowie ze świadkiem czyli po złożeniu oferty a nawet po świętach wielkanocnych. Czyli zachodzi możliwość sporządzenia w/w Porozumienia oraz Umowy na użytek procesu.

W ocenie Izby tak zaistniałe okoliczności wskazują na złożenie nieprawdziwych informacji to jest dokumentu Porozumienia oraz Umowy z dnia 21.11.2013r. a które mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym zamawiający powinien okoliczność co do faktycznej daty zawarcia Porozumienia i Umowy z dnia 21.11.2013r. oraz stron uczestniczących w jej zawarciu wyjaśnić w trybie art.26 ust.4 ustawy pod rygorem stwierdzenia umyślnego działania wykonawcy wybranego w celu wyłudzenia zamówienia.

W przypadku potwierdzenia antydatowania umowy to jest zawarcia jej po złożeniu oferty a nie przed lub brakiem potwierdzenia udziału w niej czy to spółki Legato, a w szczególności P. B..... S..... wystąpi podstawa po stronie zamawiającego do stwierdzenia nieprawdziwych informacji ze skutkiem przewidzianym w art.26 ust.2 pkt 3 i ust.4 ustawy oraz art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy.

Natomiast Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia nieprawdziwych informacji co do ujęcia w wykazach osób Pana R..... D..... oraz Pana T..... P..... Jak wyjaśnił wykonawca wybrany/przystępujący ujęcie tych osób było skutkiem pomyłki wobec wcześniejszych ustaleń, że te osoby mają czy to mieć zawarte umowy o pracę, czy to być w dyspozycji wykonawcy wybranego. Odwołujący nie udowodnił w toku postępowania odwoławczego, że wyjaśnienia wykonawcy wybranego nie są zgodne z rzeczywistością.

W ocenie Izby powyższa sytuacja może być oceniana co najwyżej jako brak profesjonalizmu organizacyjnego po stronie konsorcjantów a nie umyślne działania w celu wyłudzenia zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego co do braku dysponowania osobą w przypadku zawarcia umowy przedwstępnej czy to jako umowy o pracę czy jako umowy cywilnoprawnej o charakterze umowy przedwstępnej. Sam przepis art.26 ust.2 b ustawy mówi o tym, że wykonawca „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia” oraz o „pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. W ocenie Izby brak podstaw formalnych i prawnych w świetle obowiązującej ustawy do nie respektowania umowy przedwstępnej co do dysponowania pracownikiem tak jak to uregulowano w umowie z dnia

21.11.2013r. przedstawionej na rozprawie przez pełnomocnika przystępującego/wykonawcę wybranego.

Izba również nie podziela stanowiska wykonawcy wybranego kwestionującego prawo zamawiającego w trybie art.26 ust.4 ustawy żądania umowy w przypadku kwestionowania przez innego wykonawcę konkurenta faktu dysponowania pracownikiem. Żądanie wyjaśnień co do złożonych oświadczeń w tym wypadku Wykazu osób może sprowadzać się do żądania zamawiającego przedłożenia umowy z pracownikiem na którą wykonawca powołuje się w Wykazie osób. Takie żądanie zamawiającego mieści się w dyspozycji art.26 ust.4 ustawy.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust.2 ustawy uwzględniono odwołanie, ponieważ stwierdzone naruszenia w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty miało wpływ na wynik postępowania i nakazanie zamawiającemu czynności jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 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. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczzonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł. tytułem uiszczzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 złotych.

Przewodniczący s.o.: