

Sygn. akt: KIO 2715/15

WYROK

z dnia 29 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2015 r. przez odwołującego – **P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Silva Opus Przedsiębiorstwo Prac Leśnych P. K. z siedzibą w Ostrzeszowie** ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe-Nadleśnictwo Przedborów z siedzibą w Mikstacie** przy udziale **K. R. i L. K. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa UNILAS Spółka Cywilna z siedzibą w Blizanowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego** – P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Silva Opus Przedsiębiorstwo Prac Leśnych P. K. z siedzibą w Ostrzeszowie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 0 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **odwołującego** P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Silva Opus Przedsiębiorstwo Prac Leśnych P. K. na rzecz **zamawiającego** - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Przedborów kwotę **4 388 zł 01 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta osiemdziesiąt osiem złotych jeden grosz), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej i kosztu dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 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 Kaliszu**.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

I. Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przedborów reprezentowane przez Wojciecha Bąka - Nadleśniczego (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Przedborów w latach 2016-2018”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 7 listopada 2015 r., poz. 2015/S 1216-394424. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 14 grudnia 2015 r. P. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Silva Opus Przedsiębiorstwo Prac Leśnych P. K. (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2. art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dopuszczenie do oceny oferty wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8, który nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne;
3. art. 24 ust. 2 pkt. 3) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4. art. 24 ust. 2 pkt. 4) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
5. art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Firmy Handlowo Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów,

Rosocha 8 do złożenia wyjaśnień dotyczących nieprawdziwych oświadczeń, które mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

6. art. 44 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie sprawdzenia prawdziwości oświadczenia wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62- 814 Blizanów, Rosocha 8 o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu;
7. art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
8. art. 89 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firmy Handlowo — Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8, który podlega wykluczeniu;
9. art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
10. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności wyboru oferty wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;
11. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 w związku z doręczeniem dowodów potwierdzających, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
12. art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył wyżej wymienione przepisy Prawa zamówień publicznych, ponieważ w trakcie analizy i oceny ofert oraz po powzięciu informacji i otrzymaniu dowodów mających istotne znaczenie dla postępowania nie wykluczył z postępowania o zamówienie publiczne wykonawcy - Firmy Handlowo - Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K., 62-814 Blizanów, Rosocha 8 oraz nie odrzucił oferty tego wykonawcy.

Zamawiający nie dokonał również właściwego sprawdzenia oferty wykonawcy Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K. (Przystępujący do postępowania odwoławczego) oraz wyjaśnienia wszelkich wątpliwości. W ocenie Odwoływającego Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne, a jego oferta z mocy prawa podlega odrzuceniu.

Odwoływający podnosił, że powiadomił Zamawiającego o istotnych dla zamówienia informacjach i dowodach. Zamawiający, pomimo takiego obowiązku, zaniechał jednak unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nie dokonał czynności wyjaśnienia wątpliwości i sprawdzenia uzyskanych informacji.

Źródła zarzuczanych naruszeń Odwoływający upatrywał w okoliczności, że w załączonym do oferty wykazie osób, składanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie potencjału osobowego, Przystępujący wskazał osoby, które umieścił w analogicznych wykazach w innym postępowaniach.

Odwoływający powoływał się na fakt, że wykonawca (SIWZ, cz. 6 pkt. 6.5 SIWZ), jeżeli ubiegał się o udzielenie kilku części zamówienia, nie mógł celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazać tego samego doświadczenia, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia ani tego samego potencjału finansowego w więcej niż jednej części zamówienia (s. 14 SIWZ).

Ponadto, wskazywał Odwoływający w odwołaniu, zgodnie z pkt. 7.2 SIWZ w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia i w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca miał złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Ponadto zgodnie ze wzorem umowy, załącznik nr 29 do SIWZ - §7 pkt. 5 wzoru umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania Przedmiotu Umowy przez osoby wskazane w Ofercie.”

Tymczasem Przystępujący te same osoby przeznaczył do realizacji zamówień w tym samym czasie na rzecz innych Zamawiających.

W konsekwencji, zdaniem Odwoływającego, zostało złożone oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a w rzeczywistości warunków tych wykonawca nie spełnił. Oświadczenie zostało złożone z pełną świadomością i wiedzą oraz w celu zdobycia zamówienia. Oświadczenie zawiera nieprawdę. Analogiczne wnioski Odwoływającego wyciągał odnośnie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. W ocenie Odwoływającego Przystępujący złożył fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, co powoduje, że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3) i 4) wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Oświadczenie zostało złożone z pełną świadomością i wiedzą oraz w celu zdobycia zamówienia. Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w formie oświadczeń.

Z tych względów Odwołujący wywodził, że Przystępujący powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3) i 4 Prawa zamówień publicznych.

W tej samej podstawie faktycznej – zadeklarowanym potencjale osobowym – Odwołujący dopatrywał się „nieprzestrzegania związania ofertą przez czas wskazany w SIWZ”, tj. przez 60 dni.

W odniesieniu do zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie wykonawca Firma Handlowo - Usługowa UNILAS S.C. K. R., L. K. nie przestrzegał zobowiązania do związania ofertą, bowiem oferując w innych postępowaniach ten sam kapitał ludzki musiał wziąć pod uwagę, że inne postępowania o zamówienie publiczne mogą zostać rozstrzygnięte na jego korzyść, tak jak to już ma miejsce w przypadku Nadleśnictwa Turek. W tej sytuacji Nadleśnictwo Antonin pozbawione zostało możliwości żądania od wykonawcy zawarcia umowy w terminie związania ofertą na warunkach zaoferowanych w ofercie.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący zdaniem Odwołującego pozbawił Zamawiającego prawa wynikającego z przepisów dotyczących związania ofertą.

Przystępujący naruszył, w ocenie Odwołującego, również swoim działaniem przepisy dotyczące prawa do złożenia jednej oferty. Zamawiającym jest co prawda Nadleśnictwo Antonin, jednakże faktycznie zamawiającym jest Skarb Państwa - reprezentowany przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Antonin.

Wykonawca składając oferty w kilku Nadleśnictwach i wykorzystując w ofertach ten sam potencjał osobowy i techniczny złożył kilka różnych ofert temu samemu Zamawiającemu. Zamawiający poprzez takie działanie wykonawcy pozbawiony został możliwości egzekwowania zawarcia umowy na zasadach określonych w Prawa zamówień publicznych.

Ponadto Odwołujący – jak sam wskazywał, z daleko posuniętej ostrożności - „jedynie na marginesie należy wskazać, że w ocenie Odwołującego się Zamawiający nie dokonał analizy składników cenotwórczych oferty wykonawcy Firmy Handlowo — Usługowej UNILAS S.C. K. R., L. K. pomimo faktu, że zawiera ona rażąco niską cenę”.

Odwołujący również wskazywał, że oferta Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ

Fakt, że wykonawca posługuje się, pomimo braku takich możliwości, tym samym potencjałem technicznym i osobowym w celu uzyskania zamówienia publicznego niewątpliwie jest działaniem sprzecznym z prawem oraz dobrymi obyczajami. Stawia to go, zdaniem Odwołującego, w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców, którzy aby uzyskać zamówienie publiczne postępują zgodnie z prawem.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonanie powtórzenia analizy ofert oraz dokumentów i materiałów, którymi Zamawiający dysponuje w toku postępowania o zamówienie publiczne, a dotyczących nieprawdziwych informacji złożonych przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu;
3. dokonanie powtórzenia weryfikacji wykonawców pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne;
4. dokonanie wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
5. dokonanie wykluczenia wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu;
6. odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego;
7. odrzucenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
8. dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert;
9. dokonanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili K. R. i L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Uslugowa UNILAS Spółka Cywilna z siedzibą w Blizanowie, których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący). Przystępujący poparli stanowisko Zamawiającego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

Przytoczone w odwołaniu przez Odwołującego postanowienia SIWZ nie były sporne: Zamawiający prowadzi postępowanie w dwóch częściach i wskazał, że przy składaniu oferty na obie części postępowania, wykonawca nie może się posługiwać tym samym potencjałem osobowym dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w każdej części. Nie było również sporne, że Przystępujący nie wskazał tego samego potencjału osobowego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla obu części postępowania. Wskazał natomiast osoby, które wskazywał w innych postępowaniach, prowadzonych przez innych zamawiających. Zdaniem Odwołującego okoliczność, że Przystępujący w wykazie osób wskazał osoby, które wskazywał też w analogicznych wykazach w innych postępowaniach, prowadzi do naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, przytoczonych w odwołaniu. Tymczasem Zamawiający nie zabronił posługiwania się w niniejszym postępowaniu tym samym potencjałem, którym wykonawcy posługują się czy posługiwali się w innych postępowaniach.

Opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy interpretować ściśle, zgodnie z jego brzmieniem. Skoro Zamawiający nie zabronił posługiwania się, w prowadzonym przez siebie postępowaniu, tym samym potencjałem osobowym, co w innych postępowaniach, posługiwanie się takim potencjałem nie może być podstawą wykluczenia. W konsekwencji w ocenie Izby nie doszło zatem do żadnych naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych. Dla powyższej oceny nie może mieć znaczenia, że inni zamawiający zakazywali w prowadzonych przez siebie postępowaniach posługiwania się tym samym potencjałem, co w innych postępowaniach.

Zbyt daleko idące są również w ocenie Izby wnioski Odwołującego o złożeniu fałszywych oświadczeń odnośnie spełnienia warunków udziału postępowaniu/niepodlegania wykluczeniu. Niezależnie od okoliczności, że Izba nie stwierdziła podstaw od wykluczenie Przystępującego z postępowania, nawet gdyby wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu/niepodleganiu wykluczeniu oparte na subiektywnej ocenie wykonawcy, że spełnia warunki udziału w postępowaniu nie może być traktowane na równi ze złożeniem fałszywych informacji czy oświadczeń.

Izba nie dopatrzyła się również, aby Przystępujący złożył więcej, niż jedną ofertę czy nie dochował terminu związania ofertą; nie dopatrzyła się również popełnienia czynu sprzecznego z prawem czy dobrymi obyczajami.

Odnośnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Odwołujący w odwołaniu nie podał żadnego uzasadnienia faktycznego w tym zakresie. Prawdłowo skonstruowany zarzut powinien nieć sprecyzowana podstawę faktyczną – tj. zawierać przytoczenie okoliczności,

uprawnających do stwierdzenia wskazywanego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych. Brak wskazania podstawy faktycznej zarzutu uniemożliwia ustosunkowanie się od niego.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....