

**WYROK**  
**z dnia 14 października 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak- Żuraw**

**Członkowie: Marek Koleśnikow**

**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2010 r. 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **1 października 2010 r.** przez **Gazomet Sp. z o.o., 63-900 Rawicz, ul. Sarnowska 2**, w postępowaniu prowadzonym przez **Operator Gazociągów Przesyłowych, GAZ-SYSTEM S.A., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4.**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i powtórnią ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wniosku odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Operator Gazociągów Przesyłowych, GAZ-SYSTEM S.A., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Gazomet Sp. z o.o., 63-900 Rawicz, ul. Sarnowska 2 tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Operator Gazociągów Przesyłowych, GAZ-SYSTEM S.A., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4 na rzecz Gazomet Sp. z o.o., 63-900 Rawicz, ul. Sarnowska 2 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4, prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej w zakresie dostaw armatury dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez Zamawiającego (znak sprawy: ZP/2010/04/0038/PR). Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/S 105-159963 dnia 19 czerwca 2010 r.

W dniu 1 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Gazomet sp. z o.o., 63-900 Rawicz, ul. Sarnowska 2. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 30 września 2010 r.

Odwołujący wskazywał następujące naruszenia ustawy Pzp dokonane w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego:

1. art. 7 ustawy Pzp nakazujący równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego oraz przyjęcie, że uzupełnione przez Odwołującego zgodnie z wezwaniem Zamawiającego dokumenty nie potwierdzają spełnienia wymagań zamawiającego w postępowaniu.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o uwzględnienia odwołania oraz:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący podnosił, że pismem z dnia 23 września 2010 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego, iż został wykluczony z przedmiotowego postępowania z uwagi na następujące okoliczności:

1. przedłożył informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp z datą 16 lipca 2010 r., tj. po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu (5 lipca 2010 r.),
2. formularz „Wniosek” został wystawiony w dniu 1 września 2010 r. tj. po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu (5 lipca 2010 r.),
3. oświadczenie złożone przez spółkę RMG + Messtechnik GmbH zostało wystawione w dniu 19 sierpnia 2010, tj. po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu (5 lipca 2010 r.).

Powyższe skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący, podważając prawidłowość stanowiska Zamawiającego, wskazywał, że złożył wymagane dokumenty z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące członków zarządu datowane na dzień 26 stycznia 2010 r., a zatem aktualne przez 6 miesięcy, czyli do dnia 26 lipca 2010 r. Dokumenty te były poświadczone za zgodność tylko przez prokurenta Odwołującego (prokura łączna z członkiem zarządu). Wezwanie do uzupełnienia ww. braku zostało przedstawione Odwołującemu dnia 6 sierpnia 2010r. Uzupełniając dokumentację, Odwołujący przedłożył już nowe i uaktualnione dokumenty ważne od 16 lipca 2010r. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności zauważał, iż błędne jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu nie później niż dniu, gdy upłynął termin składania ofert (5 lipca 2010r.) Odwołujący podkreślał, że na dzień 5 lipca 2010r. Zamawiający dysponował aktualnymi i ważnymi do dnia 26 lipca 2010r. informacjami z Krajowego Rejestru Karnego przesłanymi bez stosownego poświadczenia, czyli spełniał w tym dniu przedmiotowy warunek niekaralności członków zarządu. Przedłożone po wezwaniu do uzupełnienia informacje z Krajowego Rejestru Karnego przedstawiały zaktualizowaną sytuację, ponieważ zostały wystawione dnia 16 lipca 2010r. i były ważne na dzień wezwania do uzupełnienia z dnia 6 sierpnia 2010r. Analizując powyższą sytuację podnosił, że we wszystkich kluczowych dla postępowania terminach tj. dnia 5 lipca 2010 oraz 6 sierpnia 2010r. Odwołujący spełniał warunek art. 24

ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp, czyli dysponował dokumentami potwierdzającymi niekaralność członków zarządu Odwołującego. Niewłaściwe potwierdzenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego (tylko przez prokurenta przy zasadzie dwuosobowej reprezentacji), zdaniem Odwołującego, nie powoduje sytuacji, że członkowie zarządu Odwołującego nie spełniają warunku z art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp. Złożone poświadczenie za zgodność z oryginałem nie przesadza w przedmiotowej sprawie o spełnieniu powyższego warunku bo o tym decyduje informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a nie poświadczenie za zgodność wystawione przez osoby uprawnione do reprezentacji Spółki i będące czynnością stricte techniczną. Odwołujący podnosił, że Zamawiający błędnie zastosował art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż, jak wykazano w treści odwołania, Odwołujący przez cały czas dysponował stosownymi dokumentami potwierdzającymi spełnienia warunku z art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp, także w dniu 5 lipca 2010r., pomimo iż przekazana informacja była nienależycie poświadczona za zgodność. Podobne stanowisko Odwołujący prezentował w zakresie przesłanki wykluczenia z uwagi na złożenie dokumentu z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu zbiorowego. Odwołujący złożył stosowne dokumenty z Krajowego Rejestru Karnego wymagane na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp datowane na 18 lutego 2010r., aktualne przez 6 miesięcy, tj. do dnia 18 sierpnia 2010r. Dokumenty te były poświadczane za zgodność tylko przez prokurenta Spółki (prokura łączna z członkiem zarządu). Wezwanie do uzupełnienia ww braku zostało przedstawione Odwołującemu 6 sierpnia 2010r. Uzupełniając dokumentację Odwołujący przedłożył już nową i uaktualnioną dokumentację ważną od 16 lipca 2010r. Podobnie jak w przypadku wskazanym powyżej, zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie zastosował art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż dysponował stosownymi dokumentami potwierdzającymi spełnienia warunku z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w dniu 5 lipca 2010r., pomimo, iż przekazana informacja była nienależycie poświadczona za zgodność.

Ustosunkowując się do zarzutu nieprawidłowego zakwestionowania przez Zamawiającego formularza „Wniosek” złożonego przez Odwołującego na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący podnosił, że złożył oświadczenie, iż wykazując spełnianie warunków, a których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp będzie polegać na zasobach, tj. zdolnościach finansowych, określonych w art. 26 ust. 2b ustawy) spółki RMG Regel+Messtechnik GmbH (zwana dalej „spółką RMG” lub „RMG”). Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż spółka RMG nie będzie brała udziału w realizacji części zamówienia, a niewskazanie w punkcie 3 formularza „Wniosek” ww podmiotu nastąpiło omyłkowo. Ze złożonych dodatkowo dokumentów m.in. oświadczenia RMG z dnia 16 czerwca 2010r. wynikało jednoznacznie, że Odwołujący przy realizacji zamówienia będzie korzystał z zasobów finansowych RMG. Zdaniem Odwołującego potwierdzenie tego stanu

rzeczy stanowi okoliczność, że Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie, czy spółka RMG jest podmiotem użyczającym zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W przypadku gdy spółka RMG użycza Odwołującemu swoich zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał do uzupełnienia pisemnego (bezwarunkowego) zobowiązania spółki RMG do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący dostarczył oświadczenie RMG z dnia 19 sierpnia 2010 r., które zostało złożone jako załącznik do formularza „Wniosek”. Równocześnie w pkt 3 tego formularza wpisano szczegółowe dane spółki RMG. Powyższe pismo tj. formularza „Wniosek” zostało datowane na dzień 1 września 2010r. Odwołujący argumentował, że biorąc powyższe pod uwagę w jego ocenie działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, gdyż z przedstawionych okoliczności wynika jednoznacznie, że Zamawiający wzywając go do uzupełnienia dokumentów bez wątpienia uznał, że podmiot współdziała z Odwołującym w przedmiotowym zamówieniu w zakresie pomocy finansowej. Dlatego też w uzupełnionym po wezwaniu formularza „Wniosek” Odwołujący naprawił to drobne uchybienie i wpisał w punkcie 3 dane spółki RMG. Na tej podstawie w jego ocenie błędnym jest stanowisko Zamawiającego, jakoby na dzień 5 lipca 2010 r. Odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Podnosił ponadto, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Sekcji VI Informacje uzupełniające pkt 10 wskazanie, że wykonawcy korzystający ze zdolności finansowych innych podmiotów zobowiązani są udowodnić Zamawiającemu, iż będą dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, przedstawiając w szczególności pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia objętego umową ramową. Jednocześnie podnosił, że Zamawiający nie sprecyzował dokładnie treści przedmiotowego oświadczenia. W ramach spełniania powyższego warunku w dniu 16 czerwca 2010r. RMG złożyła oświadczenie, iż może udostępnić pożyczki udziałowców w celu zleceń wygranych przez Odwołującego pod warunkiem wyrażenia zgody przez właściwe organy spółki RMG w momencie przyjęcia zlecenia do realizacji. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2010 r. Odwołujący dostarczył oświadczenie z dnia 19 sierpnia 2010 r., które zostało złożone przez RMG, z treści którego wynika, iż na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązuje się bezwarunkowo do oddania Odwołującemu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Ww. zobowiązanie zostało podpisane przez Pana Thorsena D. oraz Pana Jörga K. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, gdyż rzeczony oświadczenie zostało wystawione w dniu 19 sierpnia 2010 r. tj. upływie terminu

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu wyznaczonym na 5 lipca 2010 r. Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdził, że na podstawie analizy wszystkich dokumentów, które zostały dołączone do wniosku oraz które zostały przedłożone w odpowiedzi na pismo z dnia 6 sierpnia 2010 r. Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić czy ww. oświadczenie zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania RMG. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, podnosząc, że w SIWZ nie sprecyzowano dokładnej treści oświadczenia podmiotu w przedmiocie zobowiązania się do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych środków. Wykonawca był natomiast zobowiązany do udowodnienia, że będzie dysponował tymi środkami. Odwołujący takie oświadczenie złożył, a z jego treści jednoznacznie wynika, że wskazany podmiot może udostępnić Odwołującemu przedmiotową kwotę. W ocenie Zamawiającego powyższe oświadczenie nie było wystarczające i precyzyjne, dlatego też zażądał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jego uszczegółowienia jednocześnie zaznaczając, jakie elementy treściowe winny się w tym oświadczeniu znaleźć. W takiej sytuacji Odwołujący zwrócił się do RMG o wydanie oświadczenia w tej samej sprawie podobnego w treści, ale zawierającego dodatkowo elementy treściowe wymagane przez Zamawiającego. W takiej sytuacji spółka RMG wydała nowe oświadczenie i sygnowała je datą 19 sierpnia 2010r. W tej sytuacji zarzut iż przedmiotowe oświadczenie zostało wystawione po terminie składania wniosków, czyli po 5 lipca 2010r. nie jest właściwy, gdyż biorąc pod uwagę okoliczności sprawy Zamawiający domagał się w wezwaniu z dnia 6 sierpnia 2010r. od Odwołującego nowego oświadczenia datowanego na dzień przed 5 lipca 2010r. Złożenie takiego oświadczenia z datą przed 5 lipca 2010 r. wymagałoby od RMG dokonania czynności tzw. antydatowania, czyli wystawienia nowego oświadczenia z warunkami treściowymi określonymi szczegółowo w piśmie z 6 sierpnia 2010r. , ale datowanego na termin przed 5 lipca 2010r. Takie ewentualne działanie i wystawienie nowego dokumentu z nową datą w ocenie Odwołującego nosiłoby znamiona przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów określonego w kodeksie karnym polskim, a także niemieckim (RMG jest firmą zarejestrowaną w Niemczech). Ponadto biorąc pod uwagę okoliczności sprawy w ocenie Odwołującego oświadczenie z dnia 16 czerwca 2010r. w sposób wystarczający zgodnie z warunkami SIWZ udowodniało Zamawiającemu, co było istotnym wymogiem, dysponowanie przez Odwołującego niezbędnymi środkami finansowymi. Nowe oświadczenie z dnia 19 sierpnia 2010r. było podobne w treści, ale zawierało dodatkowo treści wyszczególnione przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia. W takiej sytuacji za błędne należy uznać stanowisko Zamawiającego, że w dniu składania ofert Odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Co do uwagi dotyczącej wątpliwości czy ww. oświadczenie zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania RMG Odwołujący zauważał, że w dolnej części tzw. stopce pisma znajduje się jednoznaczna informacja o członkach zarządu, poza tym

Zamawiający nie żądał wcześniej stosownej informacji z niemieckiego rejestru w tej materii, dlatego ta uwaga Zamawiającego jest w ocenie Odwołującego bezzasadna. Do odwołania Odwołujący załączył wyciąg z Rejestru Handlowego RMG na potwierdzenie swojego stanowiska.

W dniu 1 października 2010 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przekazując kopię odwołania. W ustawowym terminie 3 dni nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron.

W dniu 11 października 2010 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania. Podnosił w niej, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp 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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Powyższe oznacza, iż obowiązek podjęcia przez Zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia obejmuje trzy następujące sytuacje:

1. gdy wykonawca w ogóle nie dołączył wymaganego dokumentu,
2. gdy dokument został dołączony, ale nie spełnia wymagań formalnych stawianych przez zamawiającego lub określonych przepisami prawa, np. dokument nieaktualny, tj. wystawiony wcześniej niż wymagany termin, złożony w niewłaściwej formie, bez podpisu, czy potwierdzenia za zgodność z oryginałem, nieczytelny,
3. gdy wykonawca przedstawił dokument prawidłowy pod względem formalnym, ale jego treść nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ww. stanowisko potwierdza opinia Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) pt. „Obowiązek



żądania oświadczeń lub dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych", która jest opublikowana na stronie internetowej pod adresem: [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl),

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wraz z wnioskiem przedłożył m.in. dokumenty, które nie spełniały wymagań formalnych, tj. zostały złożone w niewłaściwej formie. Powyższy stan faktyczny potwierdził sam Odwołujący w treści odwołania. W ocenie Odwołującego niewłaściwe potwierdzenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego „nie powoduje przecież sytuacji”, w której członkowie zarządu nie spełniają warunku z art. 24 ust. 1 pkt 4) - 8) ustawy Pzp, a poświadczenie dokumentów za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji spółki odwołujący uznaje za „czynność stricte techniczną”. Zamawiający nie może podzielić rzeczowego stanowiska. Sformalizowana procedura udzielania zamówień publicznych, w tym treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zdaniem Zamawiającego, nie pozwala na tego rodzaju interpretację. Na potwierdzenie swojego stanowiska przytoczył orzecznictwo Izby:

*„Tego rodzaju poświadczenia stanowią oświadczenia wiedzy tychże osób, że kopia załączonego do oferty dokumentu odpowiada, co do formy (jeżeli jest istotna) a przede wszystkim co do swojej treści oryginałowi wystawionemu przez upoważniony do tego podmiot. Dopuszczalność tego rodzaju formy poświadczenia dokumentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma swoje normatywne źródło w § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) który stanowi, że dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Tym samym uznać również należy, że powyższy przepis stanowi, iż poświadczenie za zgodność z oryginałem jest dokonywane przez wykonawcę, a więc w przypadku podmiotów, które działają za pomocą organu przez osoby fizyczne wchodzące w skład tego organu i pełniące w nim określone funkcje. Oznacza to również, iż z poświadczenia za zgodność z oryginałem winno wynikać, iż osoby składające swoje podpisy działają nie we własnym imieniu, lecz w imieniu podmiotu który reprezentują, a więc z poświadczenia tego winno wynikać iż działają w ramach pełnionej w organie reprezentującym funkcji - wyrok KIO z dnia 4 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 612/10).*

Zamawiający nie może również dokonywać oceny spełniania danego warunku udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów, z których jeden został przedłożony w niewłaściwej formie, a drugi został wystawiony po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego za niedopuszczalne uznać należy

ponadto ewentualne zestawienie dwóch ww. dokumentów w jeden dokument, który mógłby potwierdzać spełnianie warunków uczestnictwa w postępowaniu, co zdaje się sugerować Odwołujący. Zamawiający podnosił, że nie kwestionuje twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym w dniu 5 lipca 2010r. dysponował on aktualnymi i ważnymi informacjami z Krajowego Rejestru Karnego przesłanymi bez stosownego poświadczenia, a więc spełniał w dniu składania wniosków warunek niekaralności członków zarządu oraz w zakresie określonym na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9) ustawy Pzp. Zauważał jednak, iż Odwołujący nie uwiarygodnił powyższego faktu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Jak wynika z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak podnosi się w piśmiennictwie: *„Na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy. Tym samym, co do zasady to nie zamawiający ma udowadniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o ile oczywiście zamawiający tego żąda. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2a ustawy w brzmieniu nadanym nowelą. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy „nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.” Stosownie do art. 26 ust. 2a ustawy: „wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.” Tym samym, sam fakt nie wykazania spełniania warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie spełnienie warunku wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu nie spełniania warunków wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. - Jacek Sadowy, Prawo zamówień publicznych po zmianach z2009 r., Warszawa 2009 r., strony 10 - 11.*

Zamawiający podkreślał, iż pierwotne kopie dokumentów dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie zostały złożone w formie wymaganej przez

Zamawiającego oraz treścią Rozporządzenia. Jednocześnie kolejne dokumenty przedłożone w odpowiedzi na pismo z dnia 6 sierpnia 2010 r. (znak: OGP/PZ-ZZ/2747/2010) wykazały spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Sekcji III.2.1) pkt 1 ogłoszenia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. po dniu 5 lipca 2010 r.

Zamawiający podnosił, iż prawidłowość czynności podjętych przez Zamawiającego potwierdza orzecznictwo KIO - por.: wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2009 r. (Sygn. akt KIO/UZP 744/09); wyroki KIO z dnia 10 czerwca 2010 r. (Sygn. akt KIO 1003/10). (...) *w związku z czym trzeba uznać, iż Odwołujący za pomocą uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych zaświadczenia z KRK z datą wystawienia późniejszą, niż data składania wniosków nie wykazał, że spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków - wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2009 r. (Sygn. akt KIO/UZP 744/09).*

Ponadto Zamawiający zauważał, iż tym samym pismem z dnia 6 sierpnia 2010 r. (znak: OGP/PZ-ZZ/2747/2010) Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia zaświadczeń o niekaralności dla członków zarządu mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący przedłożył dokumenty w prawidłowej formie, które potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, tj. na dzień 5 lipca 2010 r. Powyższe zdaniem Zamawiającego pozwala stwierdzić, iż Odwołujący, w zakresie dokumentów dla członków zarządu mających miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9) ustawy Pzp, nie zastosował się do wezwania Zamawiającego, w którym jednoznacznie wskazano jakie dokumenty powinny być przez Odwołującego złożone, jaka powinna być ich forma oraz w jakim okresie czasu powinny one zostać wystawione. Podnosił, iż Zamawiający w przedmiotowym wezwaniu wręcz „wytłuścił” fragmenty tekstu odnoszące się do żądanych dokumentów. Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający cytował orzecznictwo Izby:

*„Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, z pełną świadomością swoich działań bądź zaniechań i konsekwencjami tych zachowań winien na etapie przygotowania wniosku skompletować wszystkiego rodzaju dokumenty, aby uniknąć negatywnych konsekwencji swojego niewłaściwego działania zwłaszcza pod kątem przyszłych ewentualnych zarzutów ze strony Zamawiającego. Nie było żadną tajemnicą, że aby wniosek przeszedł prawidłową kwalifikację wymogi ogłoszenia muszą być spełnione pod każdym, postawionym w ogłoszeniu parametrem” -wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2010 r. (Sygn. akt KIO 922/10).*

Dodatkowo Zamawiający wskazywał, iż w chwili obecnej nie jest również możliwe ponowne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia omawianych dokumentów ponieważ ww. czynność ma charakter jednokrotny.

Zwracał też uwagę na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych:

- *„Na zamawiającym ciąży obowiązek żądania uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, ale tylko wtedy gdy ich nie złożono lub w sytuacji w których zawierają one błędy lub wady. Fakt, iż dokument lub oświadczenia jest „niejasny” w swej treści, a więc nie da się stwierdzić, iż zawiera błąd, daje podstawę do żądania wyjaśnień od wykonawcy na podstawie art. 26 ust, 4 Ustawy. Obowiązek żądania uzupełnienia jest wyłączony, gdy pomimo ich uzupełnienia zamawiający i tak zobowiązany byłby do odrzucenia oferty lub do unieważnienia postępowania.*
- *Czynność uzupełnienia dokumentów może być jednokrotna i nie może być powtórzona.*
- *Wymóg potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków i wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków lub ofert, Warto również zauważyć, iż powyższy wymóg nie odnosi się do pełnomocnictw - Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. - Komentarz pod redakcją Jacka Sadowego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2008 r. strona 115.*

Przedstawione powyżej stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych potwierdza, w jego opinii, również cytowane przez Zamawiającego orzecznictwo KIO (*wyrok KIO z dnia 19 września 2008 r. - Sygn. akt KIO/UZP 940/08, wyrok KIO z dnia 14 października 2008 r. - Sygn. akt KIO/UZP 1042/08, wyrok z dnia 29 grudnia 2008 r. - Sygn. akt KIO/UZP 1454/08*).

Mając powyższe na uwadze w opinii Zamawiającego należy uznać zarzuty Odwołującego w tym zakresie za bezzasadne.

W odniesieniu do zarzutu niezasadnego wykluczenia z uwagi na nienależyte wykazanie posiadania wymaganej zdolności finansowej, Zamawiający podnosił, że zgodnie z Sekcją II.2.2) pkt 1 ppkt 3) ogłoszenia, Zamawiający wskazał, iż w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy potwierdzą posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 6.500.000,00 złotych. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, Zamawiający żądał dołączenia do wniosku informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w której Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy na kwotę nie mniejszą niż 6.500.000,00 złotych wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (Sekcja III.2.2) pkt 1) ppkt 3) ogłoszenia). Jednocześnie Zamawiający określił,

iż jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w Sekcji III.2.2) pkt 1 niniejszego ogłoszenia polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymaga się od Wykonawcy przedłożenia informacji, o której mowa w Sekcji III.2.2) pkt 1) niniejszego ogłoszenia dotyczącej tych podmiotów. Ponadto jak wynika z Sekcji VI.3) pkt 10 ogłoszenia, jeżeli Wykonawca będzie polegał na potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, w takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Do wniosku złożonego przez Odwołującego zostały dołączone następujące dokumenty:

1. Informacja wystawiona przez Deutsche Bank AG Oddział Frankfurt wraz z tłumaczeniem na język polski, która potwierdza, że Spółka RMG posiada zdolność kredytową w kwocie 6.500.000,00 złotych (strony 40 - 41 Wniosku).
2. Oświadczenie z dnia 16 czerwca 2010 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, z treści którego wynika, że spółka RMG może udostępnić pożyczkę udziałowców w celu finansowania zleceń wygranych przez Odwołującego, pod warunkiem wyrażenia zgody przez właściwe organy spółki-matki RMG w momencie przyjęcia zlecenia do realizacji (strony 42 - 43 wniosku).

Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie z treści oświadczenia, o którym mowa w pkt 2. powyżej nie wynikało, iż spółka RMG zobowiązuje się udostępnić Odwołującemu swoje zasoby. Dodatkowo Odwołujący w treści Formularza „Wniosek” nie wskazał, że będzie polegał na zasobach innych podmiotów, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2010 r. (znak: OGP/PZ-ZZ/2747/2010), Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie, czy Spółka RMG jest podmiotem użyczającym zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W przypadku jeżeli spółka RMG użycza Odwołującemu swoich zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwał do uzupełnienia pisemnego, (bezwartunkowego) zobowiązania spółki RMG do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący. przedłożył m.in. następujące dokumenty:

1. Formularz „Wniosek”, który został podpisany w dniu 1 września 2010 r. przez Pana Roberta A. (Członka Zarządu Odwołującego) oraz Pana Marka P. (prokurenta Odwołującego),
2. Oświadczenie z dnia 19 sierpnia 2010 r., które zostało złożone przez RMG, z treści którego wynika, iż na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy zobowiązuje się bezwarunkowo do oddania Odwołującemu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Ww. zobowiązanie zostało podpisane przez Pana Thorsena D. oraz Pana Jörga K.

Zamawiający stwierdził, iż rzeczony dokumenty zostały wystawione po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, tj. po dniu 5 lipca 2010 r.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu opisanego w Sekcji III.2.2) pkt 1 ogłoszenia nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 5 lipca 2010 r.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż wymaganie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 6 sierpnia 2010 r. (znak: OGP/PZ-ZZ/2747/2010) oświadczenia podmiotu datowanego na dzień 5 lipca 2010 r. wymagałoby dokonania czynności tzw. antydatowania, czyli wystawienia nowego oświadczenia z warunkami treściowymi określonymi szczegółowo w piśmie z dnia 6 sierpnia 2010 r., ale datowanego na termin przed 5 lipca 2010 r. W ocenie Odwołującego takie działanie nosiłoby znamiona przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów.

Potwierdzeniem niezasadności zarzutu postawionego przez Odwołującego jest m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r. (sygn. akt: X Ga 2/07, X Ga 4/07), w którym Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert. Dalej Sąd Odwoławczy wskazał, iż celem złożenia oświadczeń i warunków jest uzyskanie przez zamawiającego niezbędnej wiedzy na temat zdolności wykonawcy do realizacji zadania. Skoro więc z dokumentów wynika, że wykonawca posiada możliwość do wykonania zamówienia, to nie ma znaczenia, że dokumenty potwierdzające ten fakt na dzień otwarcia ofert zostały wystawione po tej dacie. Analogiczne stanowisko jest reprezentowane również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z , którym przyjęto, iż *dopuszczalne jest, aby dokument przedłożony w wyniku wezwania zamawiającego, wystawiony był z datą późniejszą niż dzień otwarcia ofert (z datą bieżącą), jednakże treść musi zaświadczać,*

*iż wymóg potwierdzenia wymagań na dzień złożenia oferty został dotrzymany (wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2010 r. Sygn. akt: KIO 1694/10; wyrok KIO z dnia 8 maja 2009 r. Sygn. akt: KIO/UZP 538/09; wyrok KIO z dnia 12 maja 2009 r. Sygn. akt: KIO/UZP 540/09; wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2009 r., Sygn. akt: KIO/UZP 744/09,). Stosownie do zaprezentowanego poglądu wyrażonego w orzecznictwie Odwołujący miał więc możliwość złożenia oświadczenia z datą po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z którego treści wynikałoby, iż RMG Regel użycza Odwołującemu niezbędnych zasobów na dzień składania wniosków.*

Zdaniem Zamawiającego nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż oświadczenie z dnia 16 czerwca 2010 r. w sposób wystarczający udowodniało Zamawiającemu dysponowanie przez Odwołującego niezbędnymi środkami finansowymi. Z treści ww. dokumentu wynika, iż RMG jako jedyny właściciel Odwołującego oświadcza, że Odwołujący może udostępnić pożyczkę udziałowców w celu finansowania zleceń wygranych przez Odwołującego w wysokości do 6.500,000,00 PLN (słownie: sześć milionów pięćset tysięcy złotych) pod warunkiem wyrażenia zgody przez właściwe organy Spółki Matki RMG w momencie przyjęcia zlecenia do realizacji. W ocenie Zamawiającego przedłożone oświadczenie miało charakter warunkowy i niejednoznaczny na skutek czego nie można było uznać, iż Odwołujący udowodnił, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Podobnie uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 września 2010 r. (Sygn. akt: KIO 1807/10). *Dysponowanie wymienionymi w przepisie (tj. art. 26 ust. 2b ustawy - przyp. Zamawiającego) zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego przez zamawiającego.*"

Zdaniem Zamawiającego za bezpodstawny należy uznać również zarzut, iż Zamawiający nie sprecyzował treści oświadczenia w przedmiocie zobowiązania się do oddania do dyspozycji Odwołującemu niezbędnych środków. Zamawiający podnosi, iż nie jest do tego zobligowany ani na etapie ogłoszenia, ani na etapie wzywania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a zaproponowane w niniejszym postępowaniu wzory poszczególnych formularzy miały charakter fakultatywny, zgodnie z postanowieniem zawartym w Sekcji VI.3) pkt 5 ogłoszenia. W opinii Zamawiającego, istnienie takiego wzoru zobowiązania nie gwarantowałoby prawidłowego złożenia rzeczzonego dokumentu w przedmiotowym

postępowaniu przez Odwołującego. Należy dodać, iż Odwołujący, korzystając w przedmiotowym postępowaniu z zalecanego i przygotowanego przez Zamawiającego wzoru formularza „Wniosek”, również nie wypełnił go w sposób prawidłowy. Zamawiający wskazuje także, iż fakt zaniechania wpisania w pkt 3 formularza „Wniosek” nazwy podmiotu, z zasobów którego będzie korzystał Odwołujący, nie był dla niego okolicznością rozstrzygającą przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu z postępowania. Zamawiający wskazuje, iż wobec stwierdzonego braku, pismem z dnia 6 sierpnia 2010 r. (znak: OGP/PZ-ZZ/2747/2010) wezwał Odwołującego jedynie do złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie czy Spółka RMG jest podmiotem użyczającym zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Dodatkowo, na podstawie analizy wszystkich dokumentów, które zostały dołączone do wniosku i które zostały przedłożone w odpowiedzi na pismo z dnia 6 sierpnia 2010 r. (znak: OGP/PZ-ZZ/2747/2010), Zamawiający nie mógł stwierdzić czy ww. oświadczenie zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Podmiotu, tj, RMG. Zamawiający nadmienia, iż wobec rzeczony okoliczności mógł wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie na jakiej podstawie Pan Thorsten D. oraz Pan Jörg K. są upoważnieni do działania w imieniu RMG. Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie innych okoliczności, Zamawiający uznał takie działania za bezcelowe.

Mając na uwadze wszystkie przedstawione w niniejszym piśmie okoliczności, Zamawiający uznawał, iż należało stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu opisanych w Sekcji III.2.1) pkt 1 oraz Sekcji III.2.2) pkt 1 ogłoszenia. W związku z tym, Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazuje, iż spełnienie żądań podniesionych przez Odwołującego, tj. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty jest niemożliwe do spełnienia na tym etapie przedmiotowego postępowania. Rzeczony postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Zgodnie z art. 47 ustawy, przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenia o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert.



Ze względu na fakt, że pierwszy etap przedmiotowego postępowania, tj. etap składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu nie został jeszcze ostatecznie rozstrzygnięty (ze względu na wniesione odwołanie) oraz w związku z tym, iż nie zostały przekazane jeszcze zaproszenia do składania ofert, należy uznać omawiane żądania za całkowicie bezprzedmiotowe.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym oryginalną dokumentację postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również wyjaśnienia i pismo Odwołującego złożone na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp. W ocenie Izby Odwołujący spełnił również wymogi warunkujące wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W obecnym stanie prawnym przesłankę interesu prawnego, a więc opartego jedynie na roszczeniach mających swoje podstawy w przepisach prawa, zastąpiono sformułowaniem o szerszym zakresie, a mianowicie pojęciem „interesu w uzyskaniu zamówienia”, które wynika z prawa wspólnotowego oraz orzecznictwa ETS (por. m. in. orzeczenia C-470/99 *Universale Bau*, C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner i in. przeciwko Asfinag*). Uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym jest więc każdy, kto: *„ma lub miał interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia i kto jest lub może zostać pokrzywdzony domniemanym naruszeniem”*. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ potwierdzenie się zarzutów podnoszonych w odwołaniu skutkować będzie przywróceniem go do udziału w postępowaniu i ponowną oceną jego wniosku.

Izba wskazuje, że w treści odwołania Odwołujący błędnie posługiwał się pojęciem oferty oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ogłoszenia. Izba uznała, iż są to omyłki nie wpływające na merytoryczną ocenę odwołania, ponieważ z dokumentacji postępowania oraz przyjętego trybu jego przeprowadzenia jednoznacznie wynika, iż Odwołujący nie złożył oferty, lecz wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zaś Zamawiający nie udostępnił wykonawcom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a odwołania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia są w rzeczy samej odwołaniami do treści ogłoszenia. Ponadto Izba

podkreśla, iż w zakresie orzekania nie jest związana treścią żądań Odwołującego, a jedynie zarzutów zawartych w odwołaniu.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust.1 pkt 4-9 ustawy Pzp, ponieważ do pierwotnej wersji wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył dokumenty nieprawidłowo poświadczone za zgodność (tylko przez prokurenta przy dwuosobowej reprezentacji Odwołującego), zaś uzupełnione dokumenty wystawione były z datą po dniu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie potwierdzały spełnienia warunku najpóźniej na dzień składania wniosku, Izba uznaje zarzut za zasadny.

Zamawiający w uzasadnieniu swego stanowiska, w szczególności wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, powoływał się na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz niedopuszczalność oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów, z których jeden został złożony w niewłaściwej formie, a drugi wystawiony po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podkreślał także, iż nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby poświadczenie za zgodność miało charakter stricte techniczny. Podkreślał bowiem, cytując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że poświadczenia tego rodzaju stanowią oświadczenia wiedzy osób je dokonujących, że kopia załączonego do oferty dokumentu odpowiada co do formy (jeżeli jest istotna), a przede wszystkim co do treści oryginałowi wystawionemu przez upoważniony do tego podmiot. Wskazywał nadto, iż nie kwestionuje twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym w dniu 5 lipca 2010 r. dysponował aktualnymi i ważnymi informacjami z Krajowego Rejestru Karnego przesłanymi bez stosownego poświadczenia, a więc spełniał w dniu składania wniosków warunek niekaralności członków zarządu oraz w zakresie określonym na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Jednakże wedle stanowiska Zamawiającego nie uwiarygodnił tego faktu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba podnosi, iż ma rację Zamawiający, wskazując na formalizm postępowania o zamówienie publiczne. Należy jednak pamiętać, iż formalizm ten nie jest celem samym w sobie, lecz ma zapewnić, przy stosowaniu transparentnych, opartych na równości podmiotów i uczciwej konkurencji zasad, wybór podmiotu, który spełniał będzie wymogi Zamawiającego, w tym w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu. I właśnie przez pryzmat tego celu

zamawiający winni oceniać, czy wykonawcy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, do czego obliguje ich art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania jest niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na gruncie znowelizowanych przepisów ustawy Pzp przez warunki udziału w postępowaniu rozumieć należy zarówno warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jak i brak podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) (zwane dalej „rozporządzeniem”) w § 2 pkt 5 i 6 przewiduje, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda (lub może żądać w zależności od postępowania) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 9 ustawy Pzp wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert. Z kolei § 6 ust. 1 tegoż rozporządzenia przewiduje, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Równocześnie zgodnie z ust. 3 tego przepisu w razie gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu. W ocenie Izby nieprawidłowość dokumentu z Krajowego Rejestru Karnego polegająca na poświadczeniu go za zgodność z oryginałem niezgodnie z reprezentacją wykonawcy stanowi uchybienie, które nie wpływa ani na ważność tegoż dokumentu ani nie powinno skutkować przyjęciem, iż okoliczność, która takim dokumentem jest stwierdzona nie miała miejsca, czy dokument nie potwierdza faktu, na potwierdzenie którego został przedstawiony. Sam Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż nie kwestionuje, iż Odwołujący w dniu 5 lipca 2010 r. dysponował aktualnymi i ważnymi informacjami z Krajowego Rejestru Karnego, jednak okoliczności tej nie uwiarygodnił, składając nieprawidłowo poświadczony dokument. Skoro zatem złożony dokument budził jego wątpliwość co do prawdziwości (ani przepisy ustawy Pzp ani rozporządzenia nie precyzują, jakie to mogą być przypadki) winien skorzystać z procedury wezwania do przedstawiania oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii tego dokumentu. Izba nie ocenia natomiast, czy zasadnym było uznanie, iż przedmiotowe uchybienie stanowiło błąd, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obligujący do wezwania do uzupełnienia dokumentu, ponieważ zarzut w tym zakresie nie został sprecyzowany w odwołaniu. Izba zaś zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z powyższym należy uznać, iż nie została spełniona przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a

Zamawiający dokonując ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien zwrócić się do Odwołującego o przedstawienie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 26 stycznia 2010 r. oraz 18 lutego 2010 r. w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 9 ustawy Pzp, co do których dysponuje jedynie kopią potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez prokurenta (tj. dotyczącej Pana Roberta A., Pana Leszka M. i Pana Przemysława Stefana K. oraz dla Odwołującego) na zasadzie wskazanej w §6 ust. 3 ww rozporządzenia. Nieprzedstawienie takiego oryginału lub poświadczonej notarialnie kopii stanowić będzie dla Zamawiającego podstawę do wykluczenia Odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba nie podziela także stanowiska Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu opisanego w Sekcji III.2.2) pkt 1 ogłoszenia, tj. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 6.500.000,00 złotych, ponieważ załączone na wezwanie Zamawiającego oświadczenie spółki RMG, na której zdolności finansowej Odwołujący polegał w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie potwierdzało, iż w dacie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący posiadał zobowiązanie tegoż podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z Sekcją III.2.2) pkt 1 ppkt 3) ogłoszenia, Zamawiający wskazał, iż w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy potwierdzą posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 6.500.000,00 złotych. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, Zamawiający żądał dołączenia do wniosku informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w której Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy na kwotę nie mniejszą niż 6.500.000 złotych wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (Sekcja III.2.2) pkt 1) ppkt 3) ogłoszenia). Jednocześnie Zamawiający określił, iż jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w Sekcji III.2.2) pkt 1 niniejszego ogłoszenia polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymaga się od Wykonawcy przedłożenia informacji, o której mowa w Sekcji III.2.2) pkt 1) niniejszego ogłoszenia dotyczącej tych podmiotów. Ponadto jak wynika z Sekcji VI.3) pkt 10 ogłoszenia, jeżeli Wykonawca będzie polegał na potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, w takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest udowodnić

Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Izba podnosi, iż w odniesieniu do Odwołującego Zamawiający dokonywał oceny spełnienia tego warunku, dysponując następującymi dokumentami:

1. opinią Deutsche Bank AG z dnia 16 czerwca 2010 r., która potwierdzała zdolność kredytową spółki RMG na wymaganą kwotę 6.500.000 złotych,
2. oświadczeniem spółki RMG z dnia 16 czerwca 2010 r., iż Odwołujący w celu finansowania zleceń wygranych przez Odwołującego może udostępnić pożyczkę udziałowców w wysokości do 6.500.000 złotych pod warunkiem wyrażenia zgody przez właściwe organy spółki-matki spółki RMG w momencie przyjęcia zlecenia do realizacji,
3. oświadczeniem spółki RMG z dnia 19 sierpnia 2010 r., złożone w następstwie wezwania Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2010 r., w którym spółka RMG oświadczyła, iż zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązuje się bezwarunkowo do oddania wykonawcy tj. Odwołującemu, w którym posiada 100% udziałów niezbędnych zasobów na okres korzystania z ich przy wykonywaniu zadania związanego z dostawą armatury dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez Zamawiającego,
4. uzupełnionym formularzem „Wniosek” z dnia 1 września 2010 r., w którym Odwołujący w pkt 3 wskazał spółkę RMG jako podmiot, na którego zasobach będzie polegał w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wraz ze wskazaniem, że będzie polegał na zdolności finansowej spółki RMG oraz że podmiot ten nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

W ocenie Izby powyższe dokumenty należy analizować i interpretować jako całość, z uwzględnieniem okoliczności i kontekstu sytuacyjnego, w jakim zostały złożone. Izba podkreśla, że zarówno z dokumentacji postępowania (wezwania do uzupełnienia oraz wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 6 sierpnia 2010r.), jak i ze stanowiska prezentowanego na rozprawie wynika, iż w odniesieniu do oświadczenia spółki RMG z dnia 16 czerwca 2010 r. Zamawiający kwestionował jedynie warunkowość zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów w zakresie wymaganej zdolności finansowej. Zamawiający nie podważał natomiast samego charakteru tego oświadczenia jako zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia takich zasobów ani też, że udostępnienie tych zasobów dotyczy przedmiotowego postępowania i

odpowiada postawionemu w nim warunkowi odnośnie zdolności finansowej (o ile Odwołujący zgodnie z treścią wezwania potwierdziłby, iż spółka RMG rzeczywiście jest podmiotem używającym zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Tym samym z powyższego należy wnioskować, iż Zamawiający przyjmował, że zobowiązanie zostało złożone, jednak uczyniono to w sposób na tyle niedoskonały, iż w oparciu jedynie o to oświadczenie nie można uznać, iż Odwołujący udowodnił Zamawiającemu dysponowanie zasobami, na które się powoływał. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp dowód obciąża w tym przypadku wykonawcę. W tym zakresie Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż już oświadczenie z dnia 16 czerwca 2010 r. udowadniało Zamawiającemu w wystarczający sposób dysponowanie niezbędnymi środkami finansowymi. Należy bowiem wskazać, iż bez wątpienia udostępnienie tychże zasobów w postaci pożyczek współnika było uzależnione do zgody spółki-matki spółki RMG. Przedmiotową wątpliwość Zamawiający wyraził jednoznacznie w wezwaniu, wskazując równocześnie na zakres oczekiwanego przez siebie dowodu odnośnie dysponowania zasobami spółki RMG. W wezwaniu podkreślona została konieczność bezwarunkowego charakteru zobowiązania i Odwołujący takie bezwarunkowe zobowiązanie przedłożył. Oświadczenie z dnia 19 sierpnia 2010 r. w swej treści zawierało bowiem niemalże powtórzenie sformułowań, jakich użył Zamawiający w wezwaniu z dnia 6 sierpnia 2010 r. Wprawdzie data, jaką opatrzone jest oświadczenie spółki RMG przekracza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a co do zasady przyjmuje się, iż w takiej sytuacji dokumenty przedkładane na skutek uzupełnienia winny w swej treści wskazywać, iż warunek udziału w postępowaniu był spełniony nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (należy tu podzielić argumentację Zamawiającego o dopuszczalności sporządzenia takiego oświadczenia, co wyłącza konieczność antydatowania dokumentu), jednak w stanie faktycznym niniejszej sprawy, w ocenie Izby, pomimo braku literalnego stwierdzenia w tym zakresie, uwzględniając oświadczenia banku i RMG z dnia 16 czerwca 2010 r., treść wezwania z dnia 6 sierpnia 2010 r., oświadczenie z 19 sierpnia 2010 r. oraz uzupełniony formularz „Wniosek”, w którym w pkt 3 Odwołujący potwierdził korzystanie z zasobów spółki RMG w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w ramach przedmiotowego zamówienia, Zamawiający nie powinien był przyjąć, iż Odwołujący nie wykazał, iż będzie dysponował wymaganymi zasobami na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Równocześnie Izba wskazuje, iż co do zarzutu opatrzenia uzupełnionego w zakresie pkt 3 formularza „Wniosek” datą 1 września 2010 r., nie można przyjąć, iż stanowi to przesłankę potwierdzającą, iż w dacie 5 lipca 2010 r. Odwołujący nie mógł wykazać się zasobami udostępnianymi przez spółkę RMG. Zamawiający tak skonstruował formularz „Wniosek”, że informacja o podmiocie, na którego zasobach wykonawcy będą polegać, znajdowała się w jego treści. Tym samym logicznym było, iż Odwołujący, który skorzystał z

tegoż formularza, w sytuacji pominięcia informacji tam zawartych, które podlegały uzupełnieniu, wpisał je do nowej wersji formularza, którą opatrzyła datą, z jaką zmodyfikowany formularz podpisywał. Wprawdzie Zamawiający, wzywając Odwołującego do wyjaśnień, nie żądał uzupełnionego formularza „Wniosek”, a jedynie wskazania, czy podmiot RMG jest podmiotem użyczającym zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jednak równocześnie nie określił w jakiej formie powyższego wskazania oczekuje. Skoro stosowny punkt był zamieszczony w formularzu „Wniosek” uzasadnionym było działanie Odwołującego polegające na przedstawieniu zmodyfikowanej wersji tegoż formularza. W przypadku jego niezłożenia istniałaby bowiem nieścisłość pomiędzy złożonym przez niego wnioskiem a dokumentami przedstawionymi na skutek uzupełnienia. W przedmiotowej sytuacji przesądzające znaczenie winna mieć zatem treść dokumentów przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunku, a nie sama data zmodyfikowanego formularza „Wniosek”. Ponadto Zamawiający podkreślał, iż data 1 września 2010 r. zamieszczona na uzupełnionym formularzu nie miała znaczenia przesądzającego dla uznania o konieczności wykluczenia Odwołującego.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie na jakiej podstawie Pan Thorsten D. oraz Pan Jörg K. są upoważnieni do działania w imieniu RMG, gdyż uznał to za bezcelowe z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie innych okoliczności. Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do wezwania do wyjaśnień, nie przewidując równocześnie, iż może on tego obowiązku zaniechać w oparciu o własną ocenę celowości takiego wezwania. Wezwanie takie było tym bardziej zasadne, iż niewykazanie prawidłowości umocowania osób działających w imieniu spółki RMG zostało następnie wskazane w uzasadnieniu faktycznym informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na okoliczność, iż na rozprawie złożony został chronologiczny wydruk urzędowy z Rejestru Handlowego spółki RMG z dnia 17 września 2010 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, iż zarówno Pan Jörg K., jak i Pan Thorsten D. zostali powołani na członków zarządu RMG (odpowiednio wpis z dnia 15 lutego 2010 r. i 24 lutego 2010 r.) i pełnią tę funkcję w dacie wystawiania wydruku z Rejestru Handlowego. Z wydruku wynika ponadto, iż w sytuacji, gdy powołano kilku członków zarządu, RMG jest reprezentowana przez dwóch członków zarządu lub przez jednego członka zarządu wraz z prokurentem. Tym samym potwierdzona jest prawidłowość reprezentacji RMG w odniesieniu do oświadczenia z 16 czerwca 2010 r., jak i 19 sierpnia 2010 r. Nie ma zatem konieczności, aby Zamawiający wzywał Odwołującego do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie.

Równocześnie Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z uwagi na okoliczność, iż postępowanie przed Izba ma charakter kontradyktoryjny, ciężar dowodu zarzutu, na który Odwołujący się powoływał spoczywał właśnie na nim, a w treści odwołania brak jest faktycznego uzasadnienia zarzutu.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....