

**WYROK**

**z dnia 17 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 maja 2011 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 6 maja 2011 r. przez Konica Minolta Business Solutions Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-273 Warszawa, ul. Muszkieterów 15**
- B. w dniu 6 maja 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Jerzego Wawryszczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KC Consulting” Jerzy Wawryszczuk, 60-649 Poznań, ul. Teofila Mateckiego 13C m 4 (pełnomocnik wykonawców) oraz ARCUS Spółkę Akcyjną, 00-180 Warszawa, ul. Miła 2**

w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Operator spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 60-479 Poznań, ul. Strzeszyńska 58**

**orzeka:**

- 1. Oddała odwołanie wniesione przez Konica Minolta Business Solutions Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Jerzego Wawryszczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KC Consulting” Jerzy Wawryszczuk z Poznania oraz ARCUS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie**

tej czynności z uwzględnieniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez tych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konica Minolta Business Solutions Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i ENEA Operator spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konica Minolta Business Solutions Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Jerzego Wawryszczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KC Consulting” Jerzy Wawryszczuk z Poznania oraz ARCUS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań,
  - 2.2 zasądza od **ENEA Operator spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Jerzego Wawryszczuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KC Consulting” Jerzy Wawryszczuk z Poznania oraz ARCUS Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Operator spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na *dostawę systemu do wydruków wraz z urządzeniami do drukowania oraz ich obsługą serwisową* (oznaczenie sprawy: RPUZ/P/0861/2010/BT).

26 kwietnia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do postępowania – informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując między innymi, iż wyklucza z postępowania następujących wykonawców: Konica Minolta Business Solutions Polska spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwaną dalej także w skrócie „Konica Minolta”), a także konsorcjum w składzie: „KC Consulting” Jerzy Wawryszczuk z Poznania (lider konsorcjum i pełnomocnik wykonawców) oraz ARCUS S.A. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej także w skrócie „Konsorcjum”).

[A.]

6 maja 2011 r. (pismem z 5 maja 2011 r.) Odwołujący – Konica Minolta Business Solutions Polska spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie niezgodnego ze stanem faktycznym ustalenia, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
2. Art. 26 ust. 2a poprzez niezgodne ze stanem faktycznym przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
3. Art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonego w wyniku uzupełnienia dokumentów oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.
2. Unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.
3. Powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z udziałem

wniosku Odwołującego w zadaniach od 1 do 5.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

Zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący uzupełnił brakujące oświadczenie w terminie wskazanym w wezwaniu z dnia 14 marca 2011 r., nie wprowadzając żadnych zmian w treści wzoru oświadczenia opracowanego przez Zamawiającego oraz opatrując oświadczenie datą faktycznego jego sporządzenia. Wobec uzyskania informacji o braku dotyczącym wniosku z dnia 7 marca 2011 r. dopiero w dniu 14 marca 2011 r. niemożliwe było opatrzenie brakującego oświadczenia wcześniejszą datą. Zdaniem Odwołującego nie było intencją Zamawiającego zmuszanie wykonawców do poświadczania nieprawdy poprzez antydatowanie składanych w postępowaniu oświadczeń, w takim przypadku niemożliwe było opatrzenie oświadczenia datą, w której upływał termin składania wniosków, jeśli Odwołujący, tak jak miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, nie sporządził oświadczenia w chwili składania wniosku. Opracowany przez Zamawiającego wzór oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu jest tak skonstruowany, że wypełnienie go zgodnie z interpretacją wskazaną przez Zamawiającego w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 26 kwietnia 2011 r. wymagałoby bądź jego antydatowania, co byłoby działaniem bezprawnym, bądź zmiany jego treści, co narażałoby Odwołującego na zarzut złożenia oświadczenia odmiennej treści niż wymagana przez Zamawiającego. W konsekwencji zarzut Zamawiającego o złożeniu w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wadliwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego jest oparty na błędnym założeniu, że możliwym i legalnym działaniem byłoby złożenie wymaganego wzoru oświadczenia datowanego najpóźniej na dzień upływu terminu składania ofert w sytuacji wezwania do złożenia takiego oświadczenia w dniu 14 marca 2011 r. Nie można zatem zarzucić Odwołującemu niespełnienia wymogu z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

Zarzut niepotwierdzenia warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania ofert. Data 14 marca 2011 r. jest pierwszą z możliwych jaką można było opatrzyć oświadczenie składane po otrzymaniu wezwania do uzupełnienia brakującego dokumentu. Składając brakujące oświadczenie Odwołujący miał na celu uzupełnienie braku w złożonym uprzednio wniosku. Nie można zatem oceniając złożone oświadczenie poprzestawać wyłącznie na jego literalnej treści w oderwaniu od celu w jakim zostało złożone. Wykonawca składając oświadczenia o spełnianiu warunków zawsze odnosi się do stanu wymaganego przez Zamawiającego i przepisy prawa. Jeśli składanie oświadczenie odbywa się na opracowanych przez Zamawiającego wzorach to za niedozwoloną należy uznać jakąkolwiek ingerencję wykonawców w treści zawarte w przygotowanych wzorach oświadczeń. W swojej

informacji z dnia 26 kwietnia 2011 r. Zamawiający wskazuje, że Odwołujący powinien złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków na dzień 7 marca 2011 r. jednak nie wskazuje sposobu w jakim byłoby złożenie takiego oświadczenia możliwe. Oświadczenie Zamawiający zredagował w czasie terażniejszym ale nawet automatyczne przeredagowanie wzoru oświadczenia na czas przeszły nie rozwiązałoby problemu spełnienia wymogu zgodnie z interpretacją Zamawiającego. W takim przypadku bowiem w dniu 14 marca 2011 r. wykonawca oświadczyłby jedynie, że w przeszłości spełniał warunki do udziału w postępowaniu. Wzór oświadczenia nie przewidywał możliwości wstawienia daty w jakiej warunki miałyby być spełnione, a jedynie daty złożenia oświadczenia. W ogłoszeniu o zamówieniu pkt III.2.2) pkt 3 ppkt a Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że wykonawcy mają składać przedmiotowe oświadczenie zgodnie z wzorem dostępnym na jego stronie internetowej. Oznacza to, że nie dopuszczał złożenia oświadczenia o innej treści lub innego wzoru. Odwołujący złożył przedmiotowe oświadczenie danej treści wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i nie mógł go opatrzyć inną datą niż 14 marca 2011 r. lub późniejszą. Nie pozwala to na przyjęcie, że nie potwierdził warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania ofert. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby do wniosku, że Odwołujący postępował nielogicznie podjął starania w celu złożenia oświadczenie niewywołującego pożądaných skutków prawnych.

Zarzut zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonego oświadczenia. Z przyczyn, które wskazano powyżej Zamawiający powinien powziąć wątpliwość co do tego czy złożone przez Odwołującego oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu dotyczy stanu na dzień upływu terminu składania ofert czy też stanu na dzień złożenia oświadczenia. Zamawiający jako autor wzoru oświadczenia, który został narzucony wykonawcom biorącym udział w postępowaniu powinien przeanalizować czy jest możliwe prawidłowe jego zastosowanie w przypadku wezwania do uzupełnienia jego braku. Skutkiem tej analizy winno być upewnienie się czy wzór oświadczenia miał wpływ na treść uzupełnionego dokumentu. Należy przywołać wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010 r. sygn. akt KIO/UZP-2407/10 z zawartą w nim tezą: *Zamawiający ma prawo wyjaśniać już uzupełniony dokument, jeżeli ma co do niego wątpliwości, bowiem powinien jednoznacznie ustalić, czy istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy.* Wątpliwości Zamawiającego powinno budzić to, czy w świetle treści wzoru oświadczenia jaki przygotował, postawione przez przepisy pzp przed wykonawcami wezwanymi do uzupełnienia brakującego oświadczenia warunki, były warunkami możliwymi do spełnienia.

Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji z art. 7 ust. 1 pzp – w sytuacji, gdy brak jest podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, działania Zamawiającego można jedynie wyjaśnić wolą ograniczenia

konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego przystąpiło aż 16 wykonawców, z których Zamawiający wyeliminował 6 tj. ponad 1/3.

[B.]

Również 6 maja 2011 r. (pismem z 6 maja 2011 r.) Odwołujący – Konsorcjum w składzie: „KC Consulting” Jerzy Wawryszczuk z Poznania (pełnomocnik wykonawców) oraz ARCUS S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 65 Kodeksu cywilnego („kc”) w zw. z art. 14 – poprzez uznanie, iż dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z ofertą nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a oraz w zw. z art. 24 ust. 1 – poprzez wykluczenie Odwołującego, pomimo że spełnia on warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania.
3. Art. 7 ust. 1 poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w konsekwencji zaproszenie Odwołującego do negocjacji.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2 lipca 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1197/10): *Przesłanka wykluczenia z powodu nieprawidłowości w dokumentowaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wynikająca z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi obowiązek wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tego typu przesłankę należy ocenić, jako co do znaczenia szerszą od wymagania przedłożenia samych oświadczeń czy dokumentów. Wymóg wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, sprowadzą się do konieczności przedstawienia przez wykonawcę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, wszelkich okoliczności faktycznych i prawnych, które pozwolą zamawiającemu wykazywane okoliczności ocenić pozytywnie. W szczególności z samego przedłożenia danych dokumentów, okoliczność taka nie zawsze musi wynikać.*

Mając na uwadze powyższe orzeczenie KIO uznać należy, iż oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien mieć na uwadze wszystkie dokumenty i oświadczenia złożone przez Odwołującego – czego Zamawiający nie uczynił.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż w pkt III.2.1) podpunkt 3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił, iż „wykonawcy zobowiązani są do wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia poprzez przedstawienie następujących oświadczeń i dokumentów:

- a. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia (wzór - załącznik - dostępny na stronie internetowej Zamawiającego),
- b. aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- c. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- d. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- e. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważne zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- f. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający zażądał zatem dokumentów, na podstawie których mógł ocenić czy na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu występowały

okoliczności skutkujące wykluczeniem wykonawców z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pzp. Wypełniając dyspozycję pkt III.2.1) podpunkt 3 ogłoszenia o zamówieniu członek konsorcjum Odwołującego ARCUS S.A. złożył dokumenty, z których jednoznacznie wynika, iż w stosunku do niego na dzień składania Wniosku nie zachodziły przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pzp, tj.:

- 1) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego wydany przez Centralną Informację Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 2 marca 2011 roku;
- 2) zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Pierwszy Mazowiecki Urząd Skarbowy w Warszawie w dniu 22 lutego 2011 roku;
- 3) zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarancyjnych Świadczeń Pracowniczych wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, I Oddział w Warszawie w dniu 3 lutego 2011;
- 4) informację z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie ARCUS SA wydaną przez Ministerstwo Sprawiedliwości w dniu 8 października 2010 roku;
- 5) informację z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie Wojciecha Kruszyńskiego wydaną przez Ministerstwo Sprawiedliwości w dniu 8 października 2010 roku;
- 6) informację z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie Wiktora Różańskiego wydaną przez Ministerstwo Sprawiedliwości w dniu 8 października 2010 roku;
- 7) informację z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie Włodzimierza Stasiaka wydaną przez Ministerstwo Sprawiedliwości w dniu 19 stycznia 2011 roku;
- 8) informację z Krajowego Rejestru Karnego odnośnie Grażyny Syrczyńskiej wydaną przez Ministerstwo Sprawiedliwości w dniu 8 października 2010 roku;

Z tych dokumentów załączonych do wniosku jednoznacznie wynika, iż na dzień składania wniosków względem Odwołującego nie zachodziły okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pzp. Zamawiający oceniając jedynie dokument oświadczenia – w oderwaniu od dokumentów potwierdzających jego prawdziwość, wykluczając z postępowania Odwołującego, dokonał naruszenia przepisów pzp. We wniosku (strona 1 i 2) zostało zawarte również oświadczenie, iż Odwołujący składa dokumenty wymagane przez Zamawiającego, m.in. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia. Takie oświadczenie również należy uznać za potwierdzenie, iż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu. Ponadto zgodnie z linią orzeczniczą KIO – dokumenty uzupełniane na podstawie art. 26 ust. 3 pzp mogą być datowane na późniejszy dzień, niż dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z czym, oświadczenie ARCUS S.A. o braku podstaw do wykluczenia z postępowania zostało poprawnie datowane na dzień 15 marca 2011 roku.

Jednocześnie z celu wykazania, iż w stosunku do ARCUS S.A. nie występowały okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania na dzień składania wniosku, Odwołujący użył wzoru załącznika nr 3 do ogłoszenia o zamówieniu, którego zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu nie mógł zmienić. W ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.1.3) podpunkt 2 wskazano bowiem, iż *„Wspólny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składany przez. Wykonawców musi być sporządzany zgodnie z niniejszym ogłoszeniem, natomiast w pkt III.2.1) podpunkt 3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił, iż: „wykonawcy zobowiązani są do wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie Zamówienia poprzez przedstawienie następujących oświadczeń i dokumentów: a. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia (wzór – załącznik dostępny na stronie internetowej z zamawiającego).* Zatem takie zapisy w ogłoszeniu o zamówieniu nie dawały Odwołującemu możliwości zmiany wzoru ustalonego przez Zamawiającego i nie posiadał on możliwości dokonania zapisu, iż przedmiotowe oświadczenie potwierdza spełnianie warunków na dzień składania wniosku. Zmianą wzoru Odwołujący mógłby narazić się na zarzut, iż treść wniosku nie odpowiada treści ogłoszenia o zamówieniu. Orzecznictwo KIO, zgodnie z którym z dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 3 pzp powinno wynikać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków – dotyczy dokumentów wystawianych przez m.in. przez Krajowy Rejestr Sądowy, Krajowy Rejestr Karny, Zakład Ubezpieczeń Społecznych czy też Urząd Skarbowy. Takie podmioty są uprawnione do zmiany treści wydawanych dokumentów czy też umieszczania na nich adnotacji. Orzecznictwo KIO nie dotyczy natomiast, zmiany wzorów przygotowanych przez Zamawiającego – tym bardziej, jeżeli z ogłoszenia o zamówieniu wynika zakaz ich zmiany. Wobec tego czynność datowania przedmiotowego oświadczenia Odwołującego na dzień późniejszy niż dzień składania wniosku oraz niezmiennienie treści oświadczenia, ustalonej przez Zamawiającego, uznać należy za prawidłowe.

Ponadto treść oświadczenia ARCUS S.A. o braku podstaw do wykluczenia z postępowania należy tłumaczyć z uwzględnieniem okoliczności, których zostało złożone (art. 65 kc w zw. z art. 14 pzp). Oświadczenie woli jakim jest również wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinno być traktowane jako całość to jest przy uwzględnieniu załączonych do niego dokumentów. Zamawiający oceniając podstawy do wykluczenia Odwołującego nie powinien opierać się wyłącznie na fakcie, iż oświadczenie datowane jest na dzień 15 marca 2011 roku i z tego wnosić, iż Odwołujący nie wykazał, iż na dzień składania wniosku nie podlegał wykluczeniu. W szczególności Zamawiający powinien poddać ocenie dokumenty wymienione w pkt III.2.1) podpunkt 3 ogłoszenia o zamówieniu, z których jednoznacznie wynika, iż na dzień składania wniosku Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający naruszył także zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp. Tylko bowiem prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów pzp pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania.

[A. i B.]

16 maja 2011 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej drogą faksową odpowiedź na oba odwołania, którą przekazał w ten sam sposób w tym samym dniu także Odwołującym – wnosząc o oddalenie obu odwołań jako całkowicie niezasadnych.

Zamawiający wskazał, iż przepisy ustawy pzp ustanowiły naczelną zasadę, iż wszelkie oświadczenia i dokumenty przedkładane przez wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia nic później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dla trybu m.in. negocjacje z ogłoszeniem). Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 2a 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, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.* Ustawodawca powyższą zasadę powtórzył w art. 26 ust. 3 pzp, który pozwala wykonawcom na uzupełnienie stosownych oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw zawierających błędy lub których wykonawcy nie dołączyli do wniosku lub oferty. Z przepisu art. 26 ust. 2a pzp wynika również inna zasada, a mianowicie to wykonawca ma bezwzględny obowiązek udowodnienia zamawiającemu, za pomocą przedkładanych przez siebie oświadczeń i dokumentów, iż spełnia wskazane przez niego warunki udziału w postępowaniu. Natomiast zamawiający ocenia spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, wyłącznie na podstawie przedłożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Zamawiający nie ma obowiązku i nie posiada innych instrumentów prawnych w celu ustalenia czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 44 pzp wykonawca zobowiązany jest do złożenia w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (czy to poniżej czy powyżej progów) oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Jest to obligatoryjny element każdej oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przepis ten wyznacza także formę oraz treść tego oświadczenia. Powyższe oznacza, że niezależnie od tego czy zamawiający wskazał to w ogłoszeniu lub s.i.w.z., wykonawca ma bezwzględny obowiązek złożenia takiego oświadczenia. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w

ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, iż wykonawcy zobowiązani są do złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia z art. 44 pzp, tj. oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp, wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienie określonych dokumentów i oświadczeń, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednocześnie nie oznacza to, iż wykonawca może złożyć dokument wyłącznie, który został wystawiony najpóźniej w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału. Z treści przedstawionych na wezwanie zamawiającego oświadczeń i dokumentów winno wynikać czy zamawiający spełniał na dzień składania wniosków warunki udziału w postępowaniu czy nie, tym samym data wystawienia dokumentu może być późniejsza (np. wyrok w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 845/09). Z treści przedstawionego przez wykonawcę oświadczenia datowanego na dzień 14.03.2011 r. bezspornie wynika, iż wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w dniu 07.03.2011 r.

Odwołujący Konica Minolta wskazuje w zasadzie jeden argument uzasadniający odwołanie, a mianowicie to, że oświadczenie zostało sporządzone na druku przygotowanym przez Zamawiającego, co uniemożliwiało mu jakąkolwiek ingerencję. Zgodnie z jednoznacznym i ustalonym poglądem doktryny oraz orzecnictwa Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 189/11) wzory oświadczeń zamieszczanych przez zamawiających w s.i.w.z. (lub jako załączniki do ogłoszeń), sporządzane są wyłącznie w celu ułatwienia wykonawcom przygotowania oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dotyczy to przede wszystkim oświadczeń, których treść jest ustalona przez właściwy przepis powszechnie obowiązującego prawa (np. art. 44 pzp). Ponadto żaden przepis ustawy pzp nie nakłada na wykonawcę obowiązku składania oświadczenia z art. 44 pzp według ścisłych zaleceń zamawiającego. Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu nie nałożył na wykonawców obowiązku sporządzania jakichkolwiek oświadczeń wyłącznie na formularzach udostępnionych na swojej stronie internetowej, a jedynie poinformował o udostępnieniu wzorów takich oświadczeń, aby ułatwić wykonawcom sporządzenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nawet gdyby Zamawiający wprowadził taki wymóg, to byłby on sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami i należałoby go uznać za nieważny jako naruszający przepis art. 44 ustawy pzp. Odwołujący dokonał modyfikacji formularza udostępnionego przez Zamawiającego, bowiem zmienił nagłówek oraz stopkę wprowadzając własne oznaczenia wskazujące na spółkę Konica Minolta Business Solutions Polska. Skoro Wykonawca potrafił dokonać powyższych zmian, to nic nie stało na przeszkodzie by opatrzyć treść formularza

np. następującym oświadczeniem: *wykonawca oświadcza, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień 07.03.2011 r.*

Kolejnym chybionym zarzutem jest naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 4 pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonego w wyniku uzupełnienia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający może skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 4 pzp, wyłącznie w sytuacji, gdy przedstawiony przez wykonawcę dokument budzi określone zastrzeżenia, natomiast nie może wykorzystywać instytucji wyjaśnienia treści dokumentów do żądania dostarczenia nowych dokumentów. Potwierdza to orzecznictwo KIO, m.in. wyrok KIO z 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1098/08: *Izba stwierdza, iż niebudzące wątpliwości jest prawo Zamawiającego do wielokrotnego żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej w danym postępowaniu oferty, jeżeli zaistnieje taka konieczność. Powyższe odnosi się również do instytucji wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Z tym zastrzeżeniem, aby wyjaśnienia nie prowadziły de facto do kolejnego uzupełnienia w tym samym zakresie. W niniejszej sprawie treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia nie budzi żadnych wątpliwości, zatem skorzystanie z art. 26 ust. 4 ustawy pzp pozbawione byłoby sensu i mogłoby doprowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp, tzn. naruszałby zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, gdyż prowadziłyby do kolejnego uzupełnienia oświadczenia, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązującego prawa.*

Odwołujący nie wskazuje żadnych dowodów na poparcie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, czym narusza art. 6 kc. Zamawiający wykluczył „definitywne” z udziału w postępowaniu, nie sześciu, a pięciu wykonawców, natomiast co do dwóch zamawiający wykluczył ich w zakresie określonych zadań. Zamawiający zobowiązany jest do stosowania przepisów ustawy pzp i niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę skutkować musi jego wykluczeniem. Nie ma możliwości pominięcia określonych przepisów tylko z tej przyczyny, by w postępowaniu wzięło udział więcej wykonawców, którzy nie spełnili wymagań określonych przez Zamawiającego.

Należy przytoczyć uzasadnienie wyroku KIO z 10 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 189/11), który został wydany w analogicznej sprawie: *Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. oświadczenia złożone na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, To samo wynika z przywoływanego art. 26 ust. 2a ustawy P.z.p. Przepis ten potwierdza zasadę, że oświadczenie czy dokument dostarczony przez wykonawcę (w tym także po terminie otwarcia ofert w odpowiedzi na wezwanie do*

uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.) musi potwierdzać spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. (a także brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy P.z.p.) nie później niż na dzień składania ofert. Z powyższych regulacji wynika zatem, iż oświadczenie czy dokument może być wystawiony po terminie składania ofert, ale musi potwierdzać spełnianie przez wykonawcę, warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert. Tym samym data znajdująca się na oświadczeniu składanym w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. nie jest decydująca, ale z treści oświadczenia musi jednoznacznie wynikać, iż w dacie upływu terminu składania ofert warunki te były spełniane. W ocenie Izby z oświadczenia złożonego przez odwołującego w dniu 27 grudnia 2010 roku i datowanego na ten sam dzień w żaden sposób nie wynika, iż w dacie złożenia ofert – 16 grudnia 2010 roku – wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu, co wykonawca zresztą w odwołaniu sam przyznał. W oświadczeniu brak bowiem jakiegokolwiek odwołania do terminu składania ofert, a ze sposobu i daty jego złożenia wynika, iż odwołujący nie dysponował innym oświadczeniem, złożonym w terminie poprzedzającym upływ terminu składania ofert. Nic bowiem nie stało na przeszkodzie, aby na wezwanie zamawiającego złożył oświadczenie z datą poprzedzającą upływ terminu składania ofert. Tym samym skoro odwołujący składał i podpisywał oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. już po terminie składania ofert, winien był dołożyć szczególnej staranności, aby z oświadczenia tego wynikało, że warunki udziału w postępowaniu, których oświadczenie dotyczy, były przez niego spełnione już w terminie wymaganym art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Treść oświadczenia nie pozwała jednak na taki wniosek. Dodatkowo należy podkreślić, iż wzory formularzy dokumentów (w tym oświadczeń) zawarte w SIWZ np. załącznik nr 3 – oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, zostały sporządzone przez zamawiającego wyłącznie w celu ułatwienia wykonawcom przygotowania oferty (...). Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby odwołujący jednoznacznie wyraził w treści oświadczenia, iż warunki udziału w postępowaniu spełniał na dzień składania ofert. Tylko wówczas można uznać, iż oświadczenie w sposób prawidłowy potwierdza (wykazuje) spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby odwołujący jednoznacznie wyraził w treści oświadczenia, iż warunki udziału w postępowaniu spełniał na dzień składania ofert. Tylko wówczas można uznać, iż oświadczenie w sposób prawidłowy potwierdza (wykazuje) spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p.

W przypadku Konsorcjum, wobec braku załączenia (dla podmiotu ARCUS S.A., do wniosku dołączono jedynie oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia podmiotu KC Consulting Jerzy Wawryszczuk) oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia powyższego oświadczenia. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, które opatrzył stosownym podpisem oraz datą, tj.: 15.03.2011 r. Zamawiający w treści ogłoszenia zażądał wszystkich wymienionych w § 2 ust. 1 rozporządzenia oświadczeń i dokumentów, jednocześnie zakres oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia określa art. 24 ust. 1 ustawy pzp.

Argumentację Odwołującego o braku podstaw do żądania takiego oświadczenia w przypadku przedłożenia przez niego pozostałych dokumentów z § 2 ust. 1 rozporządzenia należy uznać za całkowicie chybioną. Należałoby bowiem w każdym postępowaniu, w którym wykonawca złożył wszystkie dokumenty, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 2-6 rozporządzenia, uznać żądanie przedłożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia za zbędne. Jaki cel miałby wtedy ustawodawca by wymienił w powyższym katalogu oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, skoro pozostałe dokumenty potwierdzają brak podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 ustawy pzp. Jest to oczywiste nadużycie Odwołującego, który pomija niektóre przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pzp, który stanowi, m.in.: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania (...)*. Żaden dokument przedstawiony przez Odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia na podstawie powyższej przesłanki podmiotu ARCUS S.A. (tj. art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp). Ponadto sensem złożenia takiego oświadczenia jest również gwarancja wykonawcy (składana przecież pod groźbą odpowiedzialności karnej wynikającej z właściwych przepisów Kodeksu Karnego), że od daty wystawienia określonego dokumentu (ZUS, US, KRK, KRS) do daty złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie uległ zmianie stan faktyczny zaświadczony w przedłożonych dokumentach.

Odwołujący twierdzi, że tylko organy wydające stosowne zaświadczenia (jak *Krajowy Rejestr Sądowy, Krajowy Rejestr Karny, ZUZ, US, są uprawnione do zmiany treści wydawanych dokumentów czy też umieszczania na nich adnotacji*). Taka argumentacja jest zdumiewająca, bowiem tym samym Odwołujący twierdzi, iż nie ma prawa do składania

oświadczeń o faktach. i zdarzeniach mających miejsce w przeszłości. Skoro tak to winien wskazać określony przepis prawa powszechnie obowiązującego wprowadzający ów zakaz, a także przepis który upoważnia wymienione powyżej organy do składania takich oświadczeń. Wobec tego uznać by trzeba, że banki (podmioty prywatne), które takie zaświadczenia (oświadczenia o faktach mających miejsce w przeszłości) wydają, czy też podmioty wydające referencje, czynią to w sposób sprzeczny z prawem. Powyższe wskazuje na nielogiczność rozumowania Wykonawcy.

Zamawiający złożył również przed posiedzeniem pisemne oświadczenie, iż przesłał drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię obu odwołań, wzywając ich jednocześnie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Przed otwarciem posiedzenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne przystąpienie do postępowania odwoławczego w którejkolwiek ze spraw.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych i wpisy zostały uiszczone przez każdego z Odwoływających – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec sprawdzenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i braku zgłoszenia w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu przez Strony, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwoływający poparli w całości wniesione przez siebie odwołania, a Zamawiający podtrzymał wniosek oddalenie obu odwołań.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, a także oświadczenia i stanowiska przedstawione ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu (sektorowym) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 23 lutego 2011 r. pod nr 2011/S\_37-060088, z tym że 18 lutego 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej ([www.enea.pl](http://www.enea.pl)).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby obaj Odwołujący mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż każdy z nich złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie bezpodstawne wykluczenie z tego postępowania naraża każdego z Odwołujących na szkodę z powodu utraty możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co każdy z nich mógł liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, wzorów oświadczeń, które były zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego, wniosków złożonych przez Odwołujących, pism Zamawiającego wzywających do ich uzupełnienia oraz udzielonych przez tych wykonawców odpowiedzi, a także innych pism i dokumentów wymienionych i omówionych w treści uzasadnienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej i wyrażone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie w sprawie o sygn. akt. KIO 967/11 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 963/11 podlega oddaleniu jako niezasadne.

Skład orzekający Izby ustalił, iż pomimo pozornego podobieństwa okoliczności faktycznych obu spraw: złożenia 7 marca 2011 r. (będącego dniem, w którym upływał termin składania wniosków) przez każdego z Odwołujących wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w których Zamawiający dopatrzył się między innymi braku wymaganego oświadczenia (odpowiednio: o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub o braku podstaw do wykluczenia), następnie wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia oświadczenia wskazanego w skierowanym 14 marca 2011 r. do każdego z Odwołujących piśmie, wreszcie złożenia w odpowiedzi przez każdego z Odwołujących żądanego oświadczenia o treści zbieżnej z wzorem zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego, datowanych odpowiednio na 14 marca 2011 r. lub 15

marca 2011 r. – zachodzi zasadnicza różnica pomiędzy stanem rzeczy dotyczącym każdego z Odwołujących, mająca prawnie doniosłe konsekwencje dla odmiennego rozstrzygnięcia każdej ze spraw. Do wniosku złożonego przez Odwołującego Konica Minolta nie załączono bowiem w ogóle oświadczenia tego wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, natomiast w przypadku odwołującego się Konsorcjum do wniosku załączono jedno oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, datowane na dzień 7 marca 2011 r.

[A.]

Wobec ustalonej różnicy okoliczności faktycznych, w ocenie składu orzekającego Izby spośród obu czynności dokonanych w trybie art. 26 ust. 3 pzp, tylko wezwanie Odwołującego Konica Minolta do uzupełnienia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu było niezbędne Zamawiającemu dla dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie to należy uznać także za prawidłowe co do treści, gdyż wskazywało precyzyjnie na brak stwierdzony przez Zamawiającego. Co prawda Zamawiający nie pouczył w treści pisma, iż złożone w wyniku wezwania oświadczenie ma potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu upływu terminu składania wniosków, jednak wynika to wprost z przywołanego na wstępie wezwania art. 26 ust. 3 pzp, a Odwołujący nie kwestionował, iż wymóg ten był mu znany.

Skład orzekający Izby zważył, że w tych okolicznościach dokonane przez Zamawiającego wykluczenie Odwołującego Konica Minolta z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a pzp było prawidłowe. Jedynym błędem Zamawiającego było wskazanie w uzasadnieniu wykluczenia przepisu art. 44 pzp jako podstawy obowiązku złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, gdyż przepis ten wskazuje na składanie takiego oświadczenia wraz z ofertą, podczas gdy dla postępowań dwuetapowych, w których w pierwszej kolejności składane są wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastosowanie znajduje przepis art. 50 pzp (w przypadku negocjacji z ogłoszeniem – w zw. z art. 56 ust. 2 pzp, który nakazuje jego odpowiednie stosowanie w tym trybie). Istotne jest jednak, iż w okolicznościach faktycznych sprawy, wobec uzupełnienia złożonego pierwotnie wniosku o oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu datowane na 14 marca 2011 r., Zamawiający prawidłowo ocenił, iż Odwołujący Konica-Minolta nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 7 marca 2011 r.

Podniesione przez Odwołującego Konica Minolta okoliczności faktyczne: złożenie oświadczenia dokładnie według treści wzoru udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego, do którego odsyłało ogłoszenie o zamówieniu, brak nie tylko załączenia do wniosku, ale i sporządzenia takiego oświadczenia przed wezwaniem do jego uzupełnienia –

nie wskazują wcale na obiektywną niemożliwość wykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków, lecz świadczą o niedochowaniu przez Odwołującego należytej staranności profesjonalisty uczestniczącego w postępowaniu regulowanym powszechnie obowiązującymi przepisami Prawa zamówień publicznych. Odwołujący zapomina, iż co do zasady, powinien złożyć stosowne oświadczenie wraz z wnioskiem złożonym 7 marca 2011 r., gdyż możliwość późniejszego uzupełnienia braku w tym zakresie ma charakter wyjątku dopuszczonego przepisem art. 26 ust. 3 pzp, stwarzającego wykonawcom drugą szansę na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec tego czynienie Zamawiającemu zarzutu, iż przygotowany przez niego wzór używa czasu terażniejszego i nie jest sformułowany w sposób umożliwiający złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału na dzień składania wniosków, jest zupełnie nieuzasadnione. Przede wszystkim jednak z treści zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu, nie wynika, że Zamawiający obligatoryjnie wymagał sporządzenia takiego oświadczenia wyłącznie przez wypełnienie wzoru zamieszczonego na swojej stronie internetowej. W postanowieniu pkt. III.2.2) pkt 3 tego ogłoszenia w brzmieniu: *W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 1 zamawiający żąda przedstawienia następujących oświadczeń i dokumentów: a. oświadczenia Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (wzór - Załącznik nr 2 - dostępny na stronie internetowej zamawiającego)*, w nawiasie zamieszczono jedynie dodatkową informację, iż na tej stronie istnieje wzór takiego oświadczenia do wykorzystania przez wykonawców, natomiast wzór ten nie stanowił elementu treści ogłoszenia zamieszczonego w oficjalnym publikatorze. Nie znajduje natomiast oparcia w żadnym przepisie ustawy pzp (przepisów takich nie wskazał również sam Odwołujący), ani wywiedziona w odwołaniu zasada *jeśli składanie oświadczenie odbywa się na opracowanych przez Zamawiającego wzorach to za niedozwoloną należy uznać jakąkolwiek ingerencję wykonawców w treści zawarte w przygotowanych wzorach oświadczeń*, ani możliwość postawienia zarzutu złożenia oświadczenia odmiennej treści niż wymagana przez Zamawiającego.

Resumując, w ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący Konica Minolta złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na dzień 14 marca 2011 r. z powodu okoliczności leżących po jego stronie, które wyłącznie w jego subiektywnej ocenie uzasadniały złożenie oświadczenia o takiej treści, zamiast oświadczenia potwierdzającego spełnianie tych warunków nie później niż na dzień składania wniosków, tj. 7 marca 2011 r. Jednocześnie wobec jednoznaczności treści złożonego oświadczenia, nie było podstaw do zastosowania instytucji wyjaśnień z przepisu art. 26 ust. 4 pzp. Wyjaśnienia te mogłyby jedynie wskazać przyczyny dla których złożone zostało oświadczenie takiej, a nie innej

treści, jak to uczynił Odwołujący w toku postępowania odwoławczego. Natomiast uwzględnienie takich wyjaśnień prowadziłoby *de facto* do niedopuszczalnego uznania treści złożonego oświadczenia za właściwą, oparte na założeniu, iż *Odwołujący postępował nielogicznie podjął starania w celu złożenia oświadczenia nie wywołującego pożądaných skutków prawnych*. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący właśnie nie podjął takich starań by wykazać spełnianie warunków nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b pzp, choć wystarczające byłoby dopisanie do wykorzystanego wzoru oświadczenia stosownej adnotacji lub załączenie tego oświadczenia do pisma przewodniego o odpowiedniej treści. Skutków niezachowania należytej staranności w tym zakresie nie można sanować w drodze wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp, gdyż w istocie prowadziłoby to stworzenia po raz trzeci Odwołującemu możliwości potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co naruszałoby wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

Skład orzekający podziela argumenty wskazane przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z 10 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 189/11), w odpowiednim fragmencie przytoczone powyżej za odpowiedzią na odwołanie, jako adekwatne również w niniejszej sprawie.

[B.]

Izba zważyła, iż Odwołujące Konsorcjum niezasadnie zostało wykluczone przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a oraz w zw. z art. 24 ust. 1 pzp, z powołaniem się na to, iż *Wykonawca przedłożył oświadczenie z którego nie wynika, iż najpóźniej w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegał wykluczeniu z postępowania z przyczyn, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp*. Zamawiający wskazał także w uzasadnieniu wykluczenia: *Wykonawca nie dołączył do wniosku oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w zakresie podmiotu Arcus SA, w związku z czym zamawiający, pismem z dnia 14.03.2011 r., wezwał wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wniosku o brakujące dokumenty. W odpowiedzi wykonawca przedłożył ww. oświadczenie podmiotu Arcus SA datowane na 15.03.2011 r.* W ocenie składu orzekającego Izby wyłącznie drugie z przytoczonych zdań odpowiada rzeczywistości stanowi rzeczy. Z tego względu nieadekwatna jest cała argumentacja Zamawiającego, oparta wyłącznie o okoliczność faktyczną złożenia przez Odwołującego, w odpowiedzi na zbędne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, dodatkowego oświadczenia potwierdzającego na dzień 15 marca 2011 r., iż w stosunku do ARCUS S.A. nie zachodzą podstawy do wykluczenia.

Zamawiający błędnie ustalił w toku badania wniosków, iż wykonawca, to jest

Konsorcjum: „KC Consulting” Jerzy Wawryszczuk – ARCUS S.A., nie załączyło do złożonego 7 marca 2011 r. wniosku oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, dotyczącego każdego z tych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zarówno sam właściwy wniosek (na dwóch stronach), jak i oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia (1 strona) zostały złożone przez Odwołującego z wykorzystaniem wzorów udostępnionych na swojej stronie internetowej przez Zamawiającego. Pierwsza rubryka wzoru wniosku opatrzona opisem WYKONAWCA (pełna nazwa) została wypełniona w następujący sposób: *Konsorcjum Firm: Arcus S.A. – Członek Konsorcjum, KC Consulting Jerzy Wawryszczuk – Członek i Pełnomocnik Konsorcjum*. W lewym górnym rogu wniosku w miejscu przeznaczonym na pieczęć wykonawcy widnieje wyłącznie pieczęć firmowa „KC Consulting” Jerzy Wawryszczuk z Poznania, powtórzona także na końcu wniosku, obok odrębnego podpisu opatrzonego dodatkowo pieczęcią imienną *KC Consulting Jerzy Wawryszczuk, właściciel* – w miejscu przeznaczonym na pieczęć i podpis przedstawiciela(i) Wykonawcy, a jako miejscowość i data wpisano: *Poznań, 07.03.2011 r.* W analogiczny sposób, w analogicznie przygotowanych miejscach zostało podpisane i opatrzone pieczęciami *Oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (Załącznik nr 3)*. Do wniosku zostało załączone także pełnomocnictwo z 2 marca 2011 r., na którego wstępie określono, iż: *1. ARCUS S.A. z siedzibą w Warszawie (...) 2. KC Consulting Jerzy Wawryszczuk z siedzibą w Poznaniu zwane łącznie „Wykonawcą”, ubiegające się wspólnie o udzielenie wskazanego niżej zamówienia publicznego (...), ustanawiają KC Consulting Jerzy Wawryszczuk Pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, i udzielają pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawców występujących wspólnie, jak również każdego z nich z osobna, w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Dostawę systemu do wydruków wraz z urządzeniami do drukowania oraz ich obsługą serwisową” (...) dalej zwanego Postępowaniem. W dalszej części tego pełnomocnictwa wskazano między innymi również, iż obejmuje w szczególności umocowanie do składania w imieniu Wykonawcy w toku Postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń w związku z Postępowaniem (...).*

Zamawiający nie powinien mieć zatem wątpliwości, iż tym Wykonawcą, który złożył zarówno sam wniosek, jak i załączone do niego oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia jest ubiegające się o udzielenie zamówienia Konsorcjum „KC Consulting” Jerzy Wawryszczuk – ARCUS S.A., do którego reprezentowania jako pełnomocnik upoważniony jest ten pierwszy podmiot (przedsiębiorca Jerzy Wawryszczuk), również w zakresie oświadczeń, które dotyczyłyby wyłącznie drugiego podmiotu (ARCUS Spółki Akcyjnej). Nawet jeżeli pomimo tego, Zamawiający miał wątpliwości, to winien wystąpić w trybie art. 26

ust. 4 pzp do pełnomocnika Konsorcjum o udzielenie stosownych wyjaśnień. Należy zważyć przy tym, iż z żadnego przepisu ustawy pzp, ani rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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) nie wynika, iż każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi złożyć oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia odrębnie w ten sposób, iż liczba egzemplarzy oświadczeń musi być równa liczbie tych wykonawców.

Pomimo tego Zamawiający uznał, iż to treść sporządzonego ogłoszenia upoważnia go do egzekwowania uzyskania dwóch odrębnych fizycznie oświadczeń dla każdego z członków Konsorcjum i bezpodstawnie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp Odwołującego do uzupełnienia rzekomo brakującego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia ARCUS S.A. Tymczasem z ogłoszenia o zamówieniu nie wynika w sposób jednoznaczny, iż intencją Zamawiającego było złożenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odrębnych oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia. W pkt. III.1.3) pkt 6 ogłoszenia zamieszczono postanowienie: *Zamawiający uzna za spełnione przez Wykonawców składających wspólny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na następujących zasadach: a. dokumenty z III.2.1) ogłoszenia – składają wszyscy Wykonawcy składający wspólny wniosek – nie wiadomo co uzna Zamawiający za spełnione, a odesłanie do pkt. III.2.1) ma zbyt generalny i niejasny charakter, gdyż obejmuje również zamieszczony tam pkt. 2 w brzmieniu: *Zamawiający dokona oceny spełniania ww. warunków na zasadzie „spełnia – nie spełnia” na podstawie przedłożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt III.2.2) i III.2.3) niniejszego ogłoszenia.(...) – zawierający dalsze odesłanie oraz wskazujący na rozróżnienie oświadczeń od dokumentów.**

Zdaniem składu orzekającego Izby dla rozstrzygnięcia opartego na podstawie powyżej przedstawionych ustaleń faktycznych nie ma znaczenia, iż Konsorcjum nie zakwestionowało dokonanego przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp, a w odwołaniu podniosło w większości nieadekwatną argumentację. Wobec tego, iż zarzuty odwołania dotyczyły czynności Zamawiającego opartej na określonych przez niego podstawach prawnych i faktycznych, wskazanie dopiero na rozprawie prawnie doniosłych okoliczności, nie stanowiło postawienia nowych zarzutów. Istotne jest natomiast to, iż okoliczności te znajdują potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

[A. i B.]

Wobec tego, że Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego Konica Minolta, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 pzp – orzekła w sprawie o sygn. akt KIO 963/11, jak w sentencji.

Natomiast wobec stwierdzenia w sprawie o sygn. akt KIO 967/11 naruszenia przez

**Sygn. akt: KIO 963/11  
KIO 967/11**

Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 pzp – orzekła w tej sprawie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami § 6 w zw. z § 3 pkt. 1 i 2 oraz w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego Konica Minolta tymi kosztami w sprawie o sygn. akt KIO 963/11, na które złożył się uiszczony przez niego wpis, oraz obciążając tymi kosztami Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 967/11, na które złożyły się: uiszczony wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego Konsorcjum w postaci wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł, udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia. W sprawie o sygn. akt KIO 963/11 nie uwzględniono natomiast wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu na rozprawę, wobec nieprzedstawienia do zamknięcia rozprawy stosownych rachunków, jak tego wymaga przepis § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....