

Sygn. akt: KIO 20/14

WYROK
z dnia 22 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 stycznia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – D..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D..... G..... z siedzibą w Niechcicach, ul. Osiedle Przylesie 21/4 i S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy S..... K..... z siedzibą w Boninie 32** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borne Sulinowo z siedzibą Borne Sulinowo, al. Niepodległości 32**

przy udziale **wykonawcy M..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wielobranżowe M..... M..... z siedzibą w Rakowie 21** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 20/14 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy D..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D..... C..... z siedzibą Machliny 24** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 20/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 10 i 11, powtórzyć czynność badania i oceny ofert w tych częściach z udziałem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – D..... G..... prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą ADZ D..... G..... z siedzibą w Niechcicach, ul. Osiedle Przylesie 21/4 i S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo- Handlowy S..... K..... z siedzibą w Boninie 32, dokonać zaniechanej czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – D..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D..... G..... z siedzibą w Niechcicach, ul. Osiedle Przylesie 21/4 i S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo- Handlowy S..... K..... z siedzibą w Boninie 32 do wyjaśnień dotyczących złożonego oświadczenia „Lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej/informacja o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej” złożonego zamawiającemu w dniu 18 grudnia 2013r. przez Sławomira Kopkę w trybie art. 26 ust. 4 ustawy co do okresu czasu, jakiego dotyczy złożone oświadczenie.

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borne Sulinowo z siedzibą Borne Sulinowo, al. Niepodległości 32** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – D..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D..... G..... z siedzibą w Niechcicach, ul. Osiedle Przylesie 21/4 i S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo- Handlowy S..... K..... z siedzibą w Boninie 32** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borne Sulinowo z siedzibą Borne Sulinowo, al. Niepodległości 32** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – D..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D..... G..... z siedzibą w Niechcicach, ul. Osiedle Przylesie 21/4 i S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo- Handlowy S..... K..... z siedzibą w Boninie 32** kwotę 16 799 zł. 99 gr (słownie : szesnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi leśne w roku 2014 w Nadleśnictwie Borne Sulinowo zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borne Sulinowo z siedzibą Borne Sulinowo, al. Niepodległości 32 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 listopada 2013r. za numerem 2013/S 224-390134.

W dniu 24 grudnia 2013r. listem poleconym zamawiający poinformował wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach zamówienia oraz m. in. o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – D..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D..... G..... z siedzibą w Niechcicach, ul. Osiedle Przylesie 21/4 i S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo- Handlowy S..... K..... z siedzibą w Boninie 32 – dalej odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy)z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ze względu na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy ofertę odwołującego uznano za odrzuconą. Odwołujący pismem z dnia 12.12.2013 roku został wezwany do uzupełnienia dokumentów złożonych do oferty. W przewidzianym terminie, oprócz pozostałych prawidłowo uzupełnionych dokumentów, dostarczył oświadczenie z dnia 17 grudnia 2013 roku dotyczące jednego z konsorcjantów: Zakład Usługowo- Handlowy inż. S..... K....., odnoszące się do grupy kapitałowej - wg wzoru stanowiącego załącznik nr I do siwz. Złożone na wezwanie oświadczenie nie potwierdza spełniania przez odwołującego – jego konsorcjanta warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego, najpóźniej na dzień 05.12.2013 r., tj. dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Zamawiający odwołał się do treści art. 26 ust. 3 ustawy.

W dniu 7 stycznia 2014r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – D..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ADZ D..... G..... z siedzibą w Niechcicach, ul. Osiedle Przylesie 21/4 i S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo- Handlowy S..... K..... z siedzibą w Boninie 32 zgodnie z załączoną do odwołania umową konsorcjum z dnia 3 grudnia 2013r. (§ 2). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 7 stycznia 2014r. na biuro podawcze.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na naruszeniu art. 7 ust. 1, art. 23, art. 24 ust.2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 1 - 3 ustawy oraz art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego.

Naruszenie powyższych przepisów prawa nastąpiło, według odwołującego, między innymi przez:

- 1) Odrzucenie oferty odwołującego mimo, że spełnia warunki udziału w postępowaniu co powoduje w konsekwencji brak możliwości podpisania z odwołującym umowy mimo, iż ta oferta zgodnie z kryteriami oceny ofert jest najkorzystniejsza.
- 2) prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez nie respektowania zapisów ustawy.

Odwołujący wniósł o :

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny ofert i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej;
3. zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego fachowego pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający pismem z dnia 12.12.2013 r wezwał go do uzupełnienia dokumentów. W wezwaniu znalazło się także żądanie uzupełnienia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej członka konsorcjum Zakład Usługowo-Handlowy, inż. S..... K....., Bonin 32, 73-150 Łobez.

Mimo tego, że odwołujący uważał, że nie ma konieczności składania oświadczenia, to oświadczenie zostało przesłane z datą 17.12.2013 r. i jak zamawiający stwierdził, z datą po terminie składania ofert, co było powodem zdaniem zamawiającego odrzucenia oferty.

W postępowaniu odwołujący działa przez pełnomocnika ustanowionego w trybie art. 23 ust. 2 ustawy. Jako dowód odwołujący przedstawił umowę konsorcjum będącą częścią złożonej oferty. Podniósł, że D..... G..... zgodnie z pełnomocnictwem podpisał odpowiednie dokumenty w imieniu konsorcjum, w tym oświadczenie dotyczące przynależności do grupy kapitałowej. W tym oświadczeniu jest napisane, że oświadcza (liczba mnoga) w imieniu konsorcjum a więc zgodnie z otrzymanym pełnomocnictwem, iż wykonawca- konsorcjum a więc i każdy z jego członków nie należy do żadnej grupy kapitałowej. Jako dowód odwołujący powołał podpisane oświadczenie.

Odwołujący uważa, że zgodnie z obowiązującym prawem oraz zapisami SIWZ, wykonawca ustanawiając pełnomocnika miał prawo w imieniu wszystkich konsorcjantów złożyć oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej. Żaden z zapisów SIWZ jak i obowiązującego prawa nie wymagają aby to oświadczenie było składane przez każdego z członków konsorcjum oddzielnie. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i komentarzami pełnomocnik miał prawo złożyć oświadczenie w imieniu całego konsorcjum w tym i w imieniu Sławomira Kopka. W podpisanym oświadczeniu lider konsorcjum oświadcza, iż żaden z członków konsorcjum nie należy do grupy kapitałowej (w oświadczeniu zastosowano liczbę mnogą) a więc, według odwołującego, nie było to oświadczenie tylko D..... G..... Taki sposób rozumienia prawidłowo złożonego oświadczenia potwierdza zdaniem odwołującego treść komentarza autorów: Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Warszawa 2010 str. 162, którą odwołujący cytuje, a także odwołujący odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2011 r. (Sygn. akt: KIO 2405/11) i wyroku z dnia 26 lipca 2011 r. Zdaniem odwołującego w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania zamawiający powinien powtórnie przystąpić do oceny ofert i wybrać ofertę odwołującego jako faktycznie najkorzystniejszą zamiast ją odrzucać.

Naczelnym celem ustawy jest zapewnienie racjonalnego i sprawnego wydatkowania środków publicznych. W przypadku wątpliwości co do treści czy znaczenia oświadczenia woli jest możliwa ich interpretacja i wyjaśnienie z uwzględnieniem innych okoliczności, niż sama treść czy oznaczenie dokumentu zawierającego oświadczenie woli (odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1401/2009). Tym samym według odwołującego, przy ocenie skuteczności danego oświadczenia woli stosowane mogą być ogólne reguły wykładni oświadczeń woli nakazujące uwzględnienie zarówno zasad współzycia społecznego, jak i kontekstu sytuacyjnego, w jakim oświadczenie jest składane. Biorąc pod uwagę powyższe zasadnym jest zatem odwołanie się do zasad wynikających z przepisów prawa cywilnego. I tak np.: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2011 r. (I CSK 348/10). Z ostrożności procesowej, odwołujący załączył oświadczenie Zakładu Usługowo- Handlowego, inż. S..... K..... Bonin 32,73-150 Łobez, iż nigdy nie należał on i nie należy do żadnej grupy kapitałowej.

W dniu 13 stycznia 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 14 stycznia 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca M..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wielobranżowe M..... M..... z siedzibą w Rakowie 21. Zgłoszenie

zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 stycznia 2014r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu listami poleconymi w dniu 13 stycznia 2014r.

Przystępujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu publicznym w części dotyczącej zadania nr 11 oferta jego uzyskała najwyższą ilość punktów, w związku z czym uzyskał on możliwość realizacji tego zadania. Oferty na realizację tej części zamówienia złożył: odwołujący, konsorcjum „FOREST” oraz przystępujący. Po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert odwołujący oraz konsorcjum „FOREST” zostali wykluczeni, w związku z czym ich oferty zostały uznane za odrzucone. Konsorcjum „FOREST” zgodziło się na rozstrzygnięcie Zamawiającego i nie złożyło odwołania. Oferta przystępującego została zatem uznana za najkorzystniejszą. Sytuacja ta nie ulegnie zmianie, gdy w niniejszym postępowaniu nastąpi oddalenie odwołania, a zatem gdy Krajowa Izba Odwoławcza poprze stanowisko Zamawiającego (rozstrzygnie postępowanie na korzyść Zamawiającego), gdyż spowoduje to usankcjonowanie pierwotnego rozstrzygnięcia korzystnego dla M..... M.....

W interesie przystępującego leży zatem wspieranie zamawiającego, ponieważ w sytuacji, gdy przedmiotowe odwołanie zostanie uwzględnione i gdy KIO nakaże powtórzenie przez zamawiającego czynności oceny ofert z ewentualnym uwzględnieniem, iż odwołujący nie zostanie powtórnie wykluczony z postępowania, a także gdy zamawiający zmieni stanowisko w zakresie wykluczenia konsorcjum „FOREST”, M..... M..... utraci możliwość realizacji zadania nr 11, gdyż oferta przystępującego będzie mniej korzystna, niż pozostałe oferty. Przystępujący wniósł o: oddalenie odwołania konsorcjum w zakresie zadania nr 11, orzeczenie o zwrocie na rzecz przystępującego od odwołującego kosztów postępowania według spisu kosztów, na które składać się będą: wynagrodzenie radcy prawnego w wysokości 3600,00 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł oraz zwrot kosztów przejazdu z Czaplinka do Warszawy na rozprawę i z Warszawy do Czaplinka po rozprawie; dopuszczenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy: załącznika nr 9 do S1WZ złożonego przez członka konsorcjum będącego odwołującym – S..... K..... do zamawiającego w dniu 18 grudnia 2013 r. do oferty z dnia 4 grudnia 2013 r. na okoliczność faktu, że oświadczenie to nie wykazuje spełniania warunku udziału wykonawcy w postępowaniu na dzień składania ofert, który został wyznaczony w niniejszym postępowaniu na dzień 5 grudnia 2013 r., w związku z czym wykonawca ten słusznie został wykluczony z postępowania, a jego oferta została uznana za odrzuconą w myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Przystępujący podniósł, że odwołanie nie zawiera numeru telefonu, faksu i adresu poczty elektronicznej zamawiającego i odwołującego, oraz numeru ogłoszenia o zamówieniu

pomimo, że takie wymogi formalne odwołania stawia §4 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280). Do odwołania nie załączono też pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia należnej opłaty skarbowej. Odwołanie nie zawiera także najważniejszego elementu, jakim jest wykazanie interesu prawnego odwołującego we wniesieniu odwołania oraz nawet zakreślenia w zakresie jakiej części przedmiotowego postępowania zostało ono wniesione, a zamówienie to podzielone zostało na 14 części, przy czym nie na każdą część zamówienia odwołujący złożył ofertę. Brak wykazania interesu prawnego we wniesieniu odwołania, według przystępującego, nie podlega sanowaniu. w związku z czym odwołanie winno być oddalone bez merytorycznego rozpoznania stawianych w nim zarzutów. Zarzuty odwołania co do decyzji zamawiającego w zakresie wykluczenia odwołującego z postępowania w całości z uwagi na brak złożenia oświadczenia mogącego wykazać możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu, nie zasługują na uwzględnienie. Podniósł, że odwołanie opiera się na polemice odwołującego dotyczącej oświadczenia w sprawie przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy. Oświadczenia tego nie złożył jeden z konsorcjantów – S..... K..... w ogóle w pierwotnym terminie składania ofert (do 5 grudnia 2013 r.). Złożył je natomiast drugi z konsorcjantów –D..... G..... będącym liderem konsorcjum opatrując je własnym podpisem. Zamawiający, w ocenie przystępującego, słusznie uznał, że oświadczenie D..... G..... jest oświadczeniem tego wykonawcy, gdyż każdego w wykonawców ubiegających się o zamówienie obciąża ten obowiązek, w związku z czym wezwał S..... K..... do złożenia oświadczenia według wzoru na załączniku nr 9 do SIWZ. S..... K..... zgodził się w pełni z wezwaniem i w dniu 18 grudnia 2013 r. złożył zamawiającemu to oświadczenie potwierdzając nim stan faktyczny na dzień 17 grudnia 2013 r., iż nie należy on do grupy kapitałowej. Nie oświadczył on zatem, jaka sytuacja w tym zakresie obowiązywała na dzień składania ofert, tj. 5 grudnia 2013 r. uniemożliwiając zamawiającemu ocenę, czy w przypadku tego wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy.

Zasadnie zatem, zdaniem przystępującego całe konsorcjum zostało wykluczone z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. W swym odwołaniu odwołujący - pomimo złożenia ww. oświadczenia w postępowaniu, bez wcześniejszego kwestionowania samego wezwania zamawiającego do złożenia informacji, neguje jego zasadność, podczas gdy zastosował się niego, choć niewłaściwie. Następnie – zdaniem przystępującego, odwołujący myląc pojęcie „oświadczenie wiedzy” z pojęciem „oświadczenie woli” - przedstawia swój wywód na temat rzekomego objęcia oświadczeniem D..... G..... złożonym wraz z ofertą z dnia 4 grudnia 2013 r. oświadczenia S..... K..... w zakresie

przynależności tego wykonawcy do grupy kapitałowej. Przystępujący nie zgadza się z zasadnością ww. zarzutów, gdyż tok rozumowania zamawiającego był prawidłowy. Przywołane w odwołaniu orzeczenia sprzed daty wprowadzenia rozważanego wymogu (20 lutego 2013 r.) dotyczą wyłącznie oświadczeń woli, a nie oświadczenia wiedzy, z którym mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Pełnomocnictwo do działania przez D..... G..... dotyczy czynności prawnych wywołujących skutek w zakresie ujętym w pełnomocnictwie wyłącznie dla konsorcjum. Brak wskazania w nim, że lider (D..... G.....) może składać jakiegokolwiek oświadczenia w imieniu pozostałych konsorcjantów. Chodzi w nim tylko o oświadczenia wspólne wykonawców. Nie jest więc, według przystępującego, prawdziwe twierdzenie, że D..... G..... mógł w postępowaniu składać oświadczenia za S..... K..... w zakresie dotyczącym wyłącznie tego przedsiębiorcy. W ogóle, zdaniem przystępującego, nie można zgodzić się też z tym, że upoważnienie do składania oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych mieści się w pojęciu „podpisanie materiałów przetargowych”, gdyż zgodnie ze Słownikiem j. polskiego - „materiały” to zbiór wiadomości i danych z jakiejś dziedziny, a nie oświadczeń woli, o które chodzi w postępowaniu przetargowym. Samo „podpisywanie materiałów przetargowych” to czynność materialno -techniczna, a czymś zupełnie innym jest dokonywanie czynności prawnych, jakimi jest składanie odpowiednich oświadczeń woli.

Zgodnie z regulacją art. 26 ust. 2d ustawy, wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się, a zatem zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli ww. informacji lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty 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 lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Przepisy te jednoznacznie wskazują, że niezależnie od wezwania ze strony Zamawiającego, każdy wykonawca ma obowiązek wynikający wprost z ustawy cytowanej wyżej, złożyć przedmiotową informację w sprawie grupy kapitałowej. Ważne jest też, że zgodnie z dyspozycją normy z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W literaturze i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że odpowiednie stosowanie przepisów prawa oznacza bądź stosowanie odnośnych przepisów bez żadnych zmian do innego zakresu odniesienia, bądź stosowanie ich z pewnymi zmianami, bądź też niestosowanie tych przepisów do innego zakresu odniesienia (por. m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2006 r., III CZP 56/06. OSNC 2007, nr 3, poz. 43) (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2008 r. (I CSK 357/07) - OSNC 2009/4/62, Biul.SN 2008/6/15, M.Prawn. 2008/23/1271). Reguły wykładni funkcjonalnej nakazują przyjąć, iż w tym konkretnie przypadku stosowanie przepisu o obowiązku złożenia przez wykonawcę oświadczenia w sprawie grupy kapitałowej nie odnosi się w ogóle do konsorcjum jako takiego, który jest tylko formą współdziałania podmiotów bez jakiegokolwiek podmiotowości prawnej. Obowiązek ten dotyczy zatem każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ponadto, według Andrzeja Janiaka (komentarz LEX do art. 56 kc), oświadczenie woli to zasadnicza treść czynności prawnej, czyli zachowanie się osoby, które w dostateczny sposób ujawnia jej wolę wywołania skutku prawnego (art. 56 i 60 k.c). Nie posiadają cech oświadczenia woli w szczególności oświadczenia wiedzy, czy zawiadomienia. W postanowieniu zespołu arbitrów UZP (sygn. akt UZP/ZO/0-1501/05) stwierdził, że oświadczenie woli w jurydycznym słowa znaczeniu oznacza takie zachowanie, które wskazuje, że składająca ją osoba dokonuje zmiany w stosunkach cywilnoprawnych (Zbigniew Radwański Prawo Cywilne -część ogólna; Wydawnictwo C.H Beck Warszawa 1999). Natomiast należy kwalifikować jako oświadczenie wiedzy, np. poświadczenie zgodności odpisu z oryginałem, gdyż nie ma ono żadnego modelującego wpływu na ukształtowanie istniejącego stosunku prawnego. Tak samo, jest - zdaniem przystępującego - z sytuacją powstałą w niniejszej sprawie, gdyż oświadczenie w sprawie przynależności do grupy kapitałowej jest typowym oświadczeniem wiedzy, a nie oświadczeniem woli konsorcjanta. Skoro zatem chodzi o oświadczenie wiedzy, to z całą pewnością nie mamy też do czynienia z czynnością prawną, której rzekomo lider konsorcjum dokonał za członka konsorcjum, czy też za konsorcjum. Nie znajduje więc w tym zakresie zastosowania art. 95 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela. Według K. Piaseckiego (komentarz LEX do art. 95 kc), „Przedstawicielstwo odnosi się do czynności prawnych, a nie faktycznych.”

Nie można więc podzielić poglądu odwołania, jakoby D. G..... składając swoje oświadczenie wiedzy uczynił to też ze skutkiem bezpośrednio dla drugiego członka konsorcjum. Nie można zgodzić się też z tym, aby wprowadzenie ustawą Prawo zamówień publicznych od lutego 2013 r. wymogu składania ww. oświadczeń można było odnosić do konsorcjum, jako formy wspólnego działania wykonawców, a nie samych wykonawców

współdziałających. Wypaczałoby to w sposób oczywisty sens wprowadzonej zmiany, której celem było (por. uzasadnienie do projektu ustawy), doprecyzowanie oraz rozszerzenie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - „przepisy będą się odnosiły m.in. do wykonawców powiązanych ze sobą w przypadku złożenia odrębnych ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu.” (...) „Celem projektowanego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 i 5 jest ustanowienie jednoznacznej regulacji sankcjonującej niedopuszczalne zachowania dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne.” Według UZP są to dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, o których mowa w art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem oświadczenie lub lista podmiotów z grupy kapitałowej winny spełniać wymogi formy pisemnej - własnoręczny podpis lub kopia poświadczona notarialnie lub za zgodą zamawiającego w formie elektronicznej z bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu (por. art. 82 ust. 2 i art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Ponadto, przystępujący zauważył, że w przebiegu całego postępowania przetargowego S..... K..... prawidłowo składał oświadczenia dotyczące jego przedsiębiorstwa obok oświadczeń składanych przez drugiego z konsorcjantów. SIWZ zrozumiał on prawidłowo. Złożył samodzielnie oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia na zał. nr 6 do SIWZ, oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na zał. nr 7 do SIWZ oraz z datą 17 grudnia 2013 r. - listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

Wykonawca te zdaje sobie sprawę z tego, że sytuacja każdego z konsorcjantów może być odmienna. SIWZ jest jednoznaczna w tym zakresie, a we wzorze dot. listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej użyto liczy mnogiej wyłącznie na wypadek, gdyby reprezentacja podmiotu składającego tę listę była wieloosobowa.

W dniu W dniu 14 stycznia 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca D..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D..... C..... z siedzibą Machliny 24. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 stycznia 2014r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu listami poleconymi w dniu 13 stycznia 2014r. Zgłoszone przystąpienie dotyczy części 10 zamówienia i uwzględniając tę okoliczność jego stanowisko oraz żądania, a także argumentacja faktyczna i prawna jest analogiczna jak w przypadku przystępującego M..... M..... Dodatkowo przystępujący wskazuje na dodatkowy brak w odwołaniu odwołującego to jest brak wskazania, od której z 14 części zamówienia odwołujący się odwołuje.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie wskazał interesu w uzyskaniu zamówienia w treści odwołania w zakresie części postępowania, na które złożył ofertę tj. 8, 10 i 11, co powoduje, że jego odwołanie powinno zostać oddalone. W uzasadnieniu oddalenia zarzutów zamawiający podniósł, że wzywał odwołującego w dniu 12 grudnia 2013r. do uzupełnienia dokumentów wskazując w treści wezwania konsekwencje niezastosowania się wykonawcy do wezwania. Podkreślił, że wezwanie było zgodne z art. 26 ust. 3 ustawy, jednoznaczne, wyraźne i precyzyjne, a zatem nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający odwołał się do treści art. 26 ust. 2d. Wskazał, że w ofercie odwołującego nie było oświadczenia S..... K....., a jedynie oświadczenie D..... G....., stąd prawidłowo wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający wskazał, że na wezwanie odwołujący złożył oświadczenie S..... K....., ale opatrzone datą 17 grudnia 2013r., podczas gdy termin składania ofert upłynął w dniu 5 grudnia 2013r., stąd zaistniała konieczność wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty. Zamawiający wskazał na uchwałę KIO sygn. akt KIO/KU 41/11 i podniósł, że oświadczenia dotyczące przesłanek wykluczenia powinny być składane przez każdego z wykonawców ubiegających się o zamówienie osobno. Podkreślił, że odwołujący nie dochował aktów należytej staranności. Odwołał się do orzecznictwa KIO sygn. akt KIO/UZP 1017/08, KIO/UZP 1038/08, KIO/UZP 1039/08 oraz do orzecznictwa Głównej Komisji Orzekającego sygn. akt BDF1/4900/119/127/11/3920.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego z dnia 12 grudnia 2013r. do odwołującego, odpowiedzi odwołującego, informacji o wyniku postępowania

Z siwz wynika, że zamawiający określił wzorzec oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, który używał liczby mnogiej, a który należało wypełnić przez zaznaczenie właściwego kwadratu, ewentualne wypełnienie tabeli nazwami członków grupy kapitałowej oraz opatrzenia nazwą miejscowości wystawienia, datą i podpisem wraz pieczęcią.

Odwołujący złożył ofertę na części zamówienia 8, 10,11 – formularz ofertowy. Oświadczenia o braku podstaw wykluczenia oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu składali obaj wykonawcy działający wspólnie, oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej podpisał i opatrzył własną pieczęcią firmową D..... G..... (oferta odwołującego).

W dniu 12 grudnia 2013r. zamawiający wezwał odwołującego m. in. do dostarczenia dokumentu według załącznika nr 9 do siwz dotyczącego S..... K..... W pouczeniu wskazał konsekwencje prawne niezłożenia wymaganych dokumentów oraz to, że dokumenty te mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań przedmiotowych zamawiającego nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert.

W dniu 18 grudnia 2013r. odwołujący złożył oświadczenie według załącznika nr 9 do siwz, w którym zaznaczono „informujemy, że nie należymy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5” oraz opatrzone dokument datą 17 grudnia 2013r. podpisał go S..... K..... i opatrzył pieczęcią firmową.

Z oświadczenia S..... K..... z dnia 6 stycznia 2014r. wynika, że nigdy nie należał on do grupy kapitałowej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymagania określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w częściach 10 i 11. Izba nie podziela poglądu prezentowanego przez zamawiającego i przystępujących, że przesłanką oddalenia odwołania może być brak literalnego wskazania w odwołaniu na czym polega interes w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego. Na taką bowiem interpretację nie zezwala treść art. 179 ust. 1 ustawy. Istotą dopuszczalności odwołania jest bowiem posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie jego wskazanie w odwołaniu. Oczywistym jest wskazanie interesu w odwołaniu ułatwia stronom oraz Izbę ocenę istnienia przesłanki dopuszczalności odwołanie, stąd pożądane jest jego wskazywanie i przedstawienia argumentacji faktycznej i prawnej na poparcie takiego twierdzenia zwłaszcza w sytuacji gdy interes ten jest interesem faktycznym np. wyłącznie służącym obronie wartości gospodarczych danego wykonawcy. Brak jest jednak podstawy prawnej do uznania, że niewskazanie interesu (pomimo jego rzeczywistego istnienia) w odwołaniu stanowi brak odwołania skutkujący jego automatycznym oddaleniem. Nie daje jej bowiem ani art. 180 ust. 3 ustawy, ani §4 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Przeciwną regulację w tym zakresie stanowi art. 185 ust. 2 ustawy, gdzie ustawodawca nie poprzestał na posiadaniu przez przystępującego interesu w rozstrzygnięciu korzystnym dla strony, do której przystępuje, ale wyraźnie posłużył się sformułowaniem „wskazując (...) i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia”. W tym stanie prawnym zatem Izba usi

zbadać istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia u odwołującego i po dokonaniu takiego badania Izba doszła do przekonania, że odwołujący posiada taki interes w częściach 10 i 11 w obu bowiem złożył oferty korzystniejsze cenowo i nawet przy niższej od wykonawców wybranych ocenie w ramach drugiego z kryteriów oceny ofert ma szansę na uzyskanie zamówienia w tych częściach. Takiej szansy nie ma natomiast w części 8, gdyż jego oferta jest droższa od oferty wybranej, a oferta wybrana uzyskała maksymalną ilość punktów w drugim z kryteriów. Tym samym odwołujący nie ma szansy na uzyskanie zamówienia w tej części. Analogicznie w częściach 1-7 i 12-14 odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż na te części oferty nie składał, a zatem nie mógł nawet potencjalnie ich uzyskać. Izba uznała, że w częściach 10 i 11 odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki odwołujący zakładał z tytułu realizacji zamówienia. W tym stanie faktycznym i prawnym Izba uznała, że przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy w częściach 10 i 11 została przez odwołującego spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 23, art. 24 ust.2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 1 - 3 ustawy oraz art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego

Zarzuty zasługują na uwzględnienie częściowo. Izba w pierwszej kolejności nie podziela stanowiska odwołującego, co do naruszenia przez zamawiającego art. 23 ustawy. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę wykonawcy, że normy tego przepisu adresowane są za wyjątkiem ust. 4 (nie mającego związku ze stanem faktycznym niniejszej sprawy) do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a nie do zamawiającego. Zamawiający dopuścił możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie, czego odwołujący nie kwestionuje, zamawiający także nie podważał prawidłowości i skuteczności ustanowienia pełnomocnika odwołującego. Istotą sporu było natomiast to, czy oświadczenie o przynależeniu do grupy kapitałowej załączone do oferty mogło być oświadczeniem wspólnym obu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W ocenie Izby rozstrzygnięcie tego sporu wymaga analizy przepisów art. 24 ust. 1 i 2 ustawy i przesądzenia o tym, które z przesłanek wykluczenia muszą być wykazywane przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a które mogą być wykazywane przez jednego lub tylko niektórych z nich. Izba wskazuje, że odpowiedzi na to pytanie należy poszukiwać przede wszystkim w treści art. 26 ust. 2b ustawy, który wskazuje jakie wartości wykonawca samodzielnie ubiegający się o zamówienie może uzyskiwać od innych podmiotów, a zatem są to potencjał wiedzy i doświadczenia, potencjał osoby i techniczny, a także potencjały finansowy i ekonomiczny (ten ostatni wywodzony z wykładni prounijnej art. 26 ust. 2b ustawy oraz przepisów rozporządzenia wykonawczego do art. 25 ust. 1 ustawy). Skoro z mocy art. 23 ust. 3 ustawy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

stosuje się odpowiednio przepisy o wykonawcy, to należy wywieść, że właśnie wskazane w art. 26 ust. 2b ustawy ww. potencjały mogą być współdzielone również przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zatem nawet nie wszystkie warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania ich oceny może być współdzielony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – takim przykładem jest potencjał uprawnień – art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy. Drugim i ostatnim wyjątkiem w art. 24 ustawy, którego spełnienie musi być oceniane przez pryzmat możliwości współdzielenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest wadium, gdyż ustawa nakłada na wykonawcę samodzielnie składającego ofertę wniesienia jednego wadium, stąd stosując art. 23 ust. 3 ustawy taki sam wymóg należy odnieść do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a w konsekwencji należy przyjąć, że spełnienie wymogu wniesienia wadium należy oceniać przy wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie przez pryzmat tego czy łącznie wnieśli wadium z przewidzianych przez ustawę formach, we właściwym terminie i właściwej wysokości. Natomiast w ocenie Izby pozostałe przesłanki wykluczenia nie mogą zaistnieć w odniesieniu do któregokolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie może bowiem ubiegać się o zamówienie m. in.:

- upadły, a więc także wykonawca, składający ofertę wspólnie z upadłym, nie może ubiegać się o zamówienie;

- podmiot, którego członek władz został prawomocnie skazany za określone przestępstwa, ani wykonawca, który składa ofertę wspólnie z takim podmiotem,

- a na gruncie niniejszej sprawy nie może być tak, że udział wykonawcy w grupie kapitałowej będzie powodował jego wykluczenie tylko w sytuacji, gdy wykonawca i inny członek jego grupy kapitałowej samodzielnie składają osobne oferty w tym samym postępowaniu, ale może składać ofertę taki wykonawca członek grupy kapitałowej, o ile działa w konsorcjum.

W ocenie Izby przyjęcie takiego rozwiązania powodowałoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców działających samodzielnie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym w ocenie Izby konieczne jest złożenie oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej przez każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Bowiem wyłącznie w takiej sytuacji zamawiający ma realną możliwość zbadania czy zachodzi sytuacja opisana w treści art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy tj. złożenie w tym samym postępowaniu ofert przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej. W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie świadczy o tym, że oświadczenie załączone do oferty zostało złożone przez D..... G..... w jego imieniu oraz w imieniu S..... K.....

Nie wynika to, ani z treści tego oświadczenia, a jak słusznie zauważyli zamawiający i przystępujący, odwołujący nie zmodyfikował wzoru formularza – załącznika nr 9 do siwz zawierającego oświadczenie, stąd użycie w treści tego formularza liczby mnogiej nie

świadczy o woli złożenia wspólnego oświadczenia, w żadnym miejscu tegoż oświadczenia nie ma także wskazania, że dotyczy ono również S..... K..... Nadto dodatkowo przeciwko wiarygodności oświadczeń odwołującego zawartych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie świadczą dokumenty złożone do oferty, gdzie oświadczenia o braku podstaw wykluczenia i o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu osobiście składał S..... K..... Nadto Izba stwierdziła, że przeciwko tezie odwołującego świadczą także jego zachowania faktyczne w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Nie kwestionował on bowiem wezwania do uzupełnienia dokumentów, ani nie wskazywał na fakt złożenia wspólnego oświadczenia wykonując wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Tym samym Izba oceniając wszechstronnie materiał dowodowy uznała twierdzenia odwołującego w przedmiocie wspólnego oświadczenia za niewiarygodne. Izba uznała, że art. 65 kc, do którego odwołuje się odwołujący nie ma zastosowania do oświadczeń wiedzy, ale dotyczy wykładni oświadczeń woli. Tym samym zamawiający nie dopuścił się naruszenia tego przepisu. Podkreślenia wymaga fakt, że przedmiotem tej wykładni miałyby być oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej załączone do oferty, a nie jak wywodził na rozprawie odwołujący zakres udzielonego D..... G..... pełnomocnictwa. Przedmiotem sporu jest bowiem to, czy oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej należy wyłożyć w ten sposób, że jest to wspólne oświadczenie obu wykonawców ubiegających się o zamówienie złożone przez ich pełnomocnika, a nie to jaką treść należy nadać postanowieniom umowy konsorcjalnej. Izba zwraca w tym miejscu uwagę odwołującego na to, że przedmiotem odwołania mogą być naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, stąd dodatkowo nietrafność postawionego zarzutu. Izba nie dopatryła się także naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust 1 – 3 ustawy, albowiem zamawiający prawidłowo ustalił, że w ofercie odwołującego brak jest oświadczenia S..... K..... o przynależności do grupy kapitałowej, a w konsekwencji zamawiający był zobligowany wezwać odwołującego do uzupełnienia braku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, co zamawiający prawidłowo uczynił. W ocenie Izby natomiast zasadny jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. W ocenie Izby zamawiający zastosował ten przepis przedwcześnie, a dodatkowo błędnie. Przepis ten bowiem nakazuje zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie zamawiający dysponował oświadczeniem S..... K..... o braku przynależności do grupy kapitałowej złożonym w dniu 17 grudnia 2013r. Z oświadczenia tego nie można było wywieść ani istnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, bo nie sposób było ustalić, czy Sławomir Kopka nigdy nie należał do grupy kapitałowej, czy też przestał do niej należeć po 5 grudnia 2013r. Nie można było także ustalić czy wykonawca potwierdził, czy też nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu, albowiem z oświadczenia wynikał jedynie fakt braku przynależności do grupy kapitałowej w

dacie składania oświadczenia, ale nie wynikało czy wykonawca przynależał wcześniej. W załączniku nr 9 nie było rubryki pozwalającej wykonawcy złożyć oświadczenie wiedzy o tym, od kiedy przynależy/nie przynależy do grupy kapitałowej. Za takie oświadczenie nie może być uznana data, której zamawiający podania oczekiwał w miejscu składania podpisu pod oświadczeniem wiedzy wykonawcy. Ta bowiem data była datą sporządzenia oświadczenia i w żaden sposób nie przesądzała o tym, kiedy przynależność miała miejsce. Co więcej zamawiający nie przewidział jakiegokolwiek mechanizmu weryfikacji tej okoliczności. Nadto zamawiający jedynie z faktu, że oświadczenia innych wykonawców zostały złożone wraz z ofertą przed upływem składania ofert, wywiódł, brak podstaw wykluczenia. Gdyby przyjąć za logiczny taki tok rozumowania zamawiającego, to albo należałoby uznać, że sam fakt sporządzenia oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej przed terminem składania ofert, przesądza o tym, że brak jest podstaw wykluczenia, natomiast złożenie analogicznego (według tego samego wzoru) po terminie składania ofert przesądza o istnieniu podstawy wykluczenia. Rozumowanie takie prowadzi do konieczności wyciągnięcia wniosku, że nie możliwe było uzupełnienie oświadczenia po upływie terminu składania ofert bez konieczności jego antydatowania, co pozostaje w sprzeczności z czynnościami podjętymi w tym postępowaniu przez zamawiającego oraz jest niezgodne z art. 26 ust. 3 ustawy, który obliguje zamawiającego do wzywania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów niezłożonych w dacie składania ofert lub zawierających błędy. Drugim wnioskiem, jaki można byłoby wyprowadzić ze stanowiska zamawiającego jest rozumowanie, że po dacie składania ofert wykonawcy, którzy nie złożyli wraz z ofertą oświadczenia są zobowiązani podać informacje nie wymagane od wykonawców, którzy takie oświadczenie złożyli z ofertą, co więcej, że wykonawcy uzupełniający oświadczenie są zobligowani modyfikować treść wzoru opracowanego przez zamawiającego (załącznika nr 9) dodając informacje, od kiedy nie przynależy do grupy kapitałowej. Bowiem u wykonawcy składającego oświadczenie wraz z ofertą zamawiający nie domagał się informacji takiej informacji, a odwołującemu na rozprawie zarzucał, że można było taką informację w oświadczeniu dodatkowo zawrzeć i byłby to zdaniem zamawiającego wyraz należytej staranności. W ocenie Izby taka sytuacja nie daje się pogodzić z zasadą równego traktowania wykonawców i w świetle ustawy jest niedopuszczalna. Oczywiście Izba nie odmawia zamawiającemu prawa do zweryfikowania, momentu od którego możliwe stało się złożenie oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej. Wręcz w ocenie Izby zamawiający w świetle treści art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy jest do takiej weryfikacji zobligowany w celu należytego zbadania braku podstaw wykluczenia, jednak nie może to być przedmiotem uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, bo zamawiający takiej informacji w załączniku nr 9 nie wymagał i złożone na skutek wezwania uzupełnienie odpowiada wymaganiom siwz. Okoliczność ta powinna jednak stać się przedmiotem wyjaśnień, co do

złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, tak aby zamawiający mógł zweryfikować wszystkie elementy postawione w wymaganiu wynikającym z treści art. 24 ust. 2 pkt 5 i art. 26 ust. 2d ustawy. Nie dochodzi tu do niedopuszczalnego uzupełnienia dokumentów czy oświadczeń, gdyż uzupełnienie oświadczenia było kompletne i zgodne z wytycznymi zamawiającego, ale do wyjaśnienia wątpliwości, jakie powinien był powziąć zamawiający co do spełnienia wszystkich przesłanek braku podstaw wykluczenia. Zamawiający mając wątpliwości czy brak przynależności do grupy kapitałowej wystąpił przed czy po dacie składania ofert był zobligowany tę wątpliwość wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, czego zamawiający zaniechał w przedmiotowym postępowaniu. Zaniechanie to powoduje, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez jego zastosowanie przed wyczerpaniem obligatoryjnej procedury art. 26 ust. 4 ustawy, który do oświadczeń z art. 26 ust. 2 d ustawy stosuje się. Izba zatem nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 10 i 11 i powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego, w tym wezwanie go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 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 zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego i nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: