

WYROK
z dnia 10 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **31 stycznia 2011 r.** przez Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum w składzie: 1) Mirosław Nadolski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych DREWMAX Mirosław Nadolski” (lider konsorcjum), 2) Jadwiga Nadolska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych, Drzewnych MAXLAS Jadwiga Nadolska”, 3) Bogdan Popow prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usługowy DREWEX Bogdan Popow”, 4) Bogdan Walczak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe Bogdan Walczak”, z adresem dla lidera konsorcjum: Łosońnica 23a, 72-315 Resko, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa-Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe-Nadleśnictwo Resko, ul. Żeromskiego 1, 72-315 Resko****

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. **kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum w składzie: 1) Mirosław Nadolski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych DREWMAX Mirosław Nadolski” (lider konsorcjum), 2) Jadwiga Nadolska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych, Drzewnych MAXLAS Jadwiga Nadolska”, 3) Bogdan Popow prowadzący**

działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usługowy DREWEX Bogdan Popow”,
4) Bogdan Walczak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą
„Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe Bogdan Walczak”, z
adresem dla lidera konsorcjum: Łosońnica 23a, 72-315 Resko,

i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum w składzie: 1) Mirosław Nadolski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych DREWMAX Mirosław Nadolski” (lider konsorcjum), 2) Jadwiga Nadolska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych, Drzewnych MAXLAS Jadwiga Nadolska”, 3) Bogdan Popow prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usługowy DREWEX Bogdan Popow”, 4) Bogdan Walczak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe Bogdan Walczak”, z adresem dla lidera konsorcjum: Łosońnica 23a, 72-315 Resko, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, 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 Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Resko, ul. Żeromskiego 1, 72-315 Resko, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na: „Wykonanie usług leśnych w Nadleśnictwie Resko z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna w latach 2011-2012”. Zamówienie obejmuje 18 pakietów. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S-230-351835 z dnia 26 listopada 2010 roku.

W dniu 17 stycznia 2011 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych. Informacja zamieszczona została na stronie internetowej oraz przesłana wykonawcom listami poleconymi nadanymi dnia 17 stycznia 2011 roku.

W dniu 31 stycznia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:

- 1) Mirosław Nadolski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych DREWMAX Mirosław Nadolski”, Łosońnica 23 A, 72-315 Resko (lider konsorcjum);
- 2) Jadwiga Nadolska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych, Drzewnych MAXLAS Jadwiga Nadolska” Łosońnica 23A, 72-315 Resko;
- 3) Bogdan Popow prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usługowy DREWEX Bogdan Popow” Święciechowo 1a, 72-315 Resko;
- 4) Bogdan Walczak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Bogdan Walczak” ul. Boh. Monte Cassino 4/1, 72-315 Resko (dalej łącznie „Konsorcjum Usługi Leśne Resko 2011-2012”, „Konsorcjum” lub „odwołujący”).

Odwołanie zostało nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego w dniu 28 stycznia 2010 roku. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w tej samej dacie

(potwierdzenie załączone do odwołania).

W odwołaniu podnoszono niezgodność z ustawą Pzp czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu Konsorcjum Usługi Leśne Resko 2011-2012 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie pakietu nr 1, 2, 8 i 9. Odwołujący wskazywał, że w dniu 17 stycznia 2011 roku zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, informując jednocześnie o wykonawcach wykluczonych z postępowania oraz o odrzuconych ofertach. W w/w informacji wskazano m.in. iż wyklucza się z postępowania Konsorcjum Usługi Leśne Resko 2011-2012 oraz odrzuca jego ofertę w zakresie pakietu nr 1, 2, 8, 9. Zgodnie z uzasadnieniem wykluczenia zamawiający uznał, iż wykonawca - Konsorcjum Usługi Leśne Resko 2011-2012 nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. na dzień 16 grudnia 2010 roku. Jako podstawę tego twierdzenia zamawiający podał, iż z treści oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, nie można wywieść, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert. Odwołujący podnosił, że w informacji o wykluczeniu z postępowania zamawiający nie wskazał konkretnie, którego z opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) warunków udziału w postępowaniu Konsorcjum Usługi Leśne Resko 2011-2012 nie spełnia.

Odwołujący żądał dokonania ponownej oceny jego oferty i dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów oraz wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do pakietów nr 1,2, 8 i 9.

W uzasadnieniu wskazywał, że Konsorcjum Usługi Leśne Resko 2011-2012 złożyło ofertę na pakiety nr 1, 2, 8, 9. Złożona oferta zawiera najniższe ceny i w przypadku uwzględnienia odwołania może zostać wybrana przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza, co skutkować będzie udzieleniem zamówienia publicznego w odniesieniu do w/w pakietów na lata 2011-2012. Jako podstawę prawną wniesienia odwołania odwołujący wskazał art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, że zamawiający w pkt 7 SIWZ określił szczegółowo warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia (pakietów). Jednocześnie w pkt 8 SIWZ zostały określone przez zamawiającego dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dla wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. W szczególności w pkt 8.1 ppkt 1) SIWZ zamawiający podał, iż w celu

potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy winni przedłożyć oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp - wg wzoru - Załącznik nr 3 do SIWZ. W następnych punktach zamawiający określił inne wymagane dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdzał, iż rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku. W treści §1.1 w/w rozporządzenia wyszczególniono zamknięty katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w celu wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W paragrafie tym (jak i w całym rozporządzeniu) nie ma mowy o możliwości żądania przez zamawiającego złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu jako dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków określonych przez zamawiającego. Jednocześnie ustawodawca w art. 44 ustawy Pzp w brzmieniu: „*Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty*” jednoznacznie odróżnia złożenie samego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu od złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków. Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu dokument „oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu” nie może być traktowany jako dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu tak, jak to przyjmuje zamawiający.

Uzasadniając swoje stanowisko, Konsorcjum Usługi Leśne Resko 2011-2012 wskazywało, iż w wyznaczonym przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia z dnia 17 grudnia 2010 roku terminie, tj. w dniu 27 grudnia 2010 roku lider Konsorcjum dostarczył wszystkie wymagane wezwaniem dokumenty, w tym oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu wg żadanego wzoru - załącznik do SIWZ. Składając powyższe oświadczenie, lider Konsorcjum opatrzył je faktyczną datą złożenia dokumentu w siedzibie zamawiającego, tj. datą 27 grudnia 2010 roku. Przedłożenie przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu z datą późniejszą niż termin składania ofert, nie oznacza automatycznie braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił szczegółowo dokumenty, które należy złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dokumenty te wykonawca przedstawił w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Wszystkie dokumenty, których zamawiający mógł żądać na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, potwierdzają fakt spełnienia określonych przez zamawiającego warunków udziału w

postępowaniu na dzień 16 grudnia 2010 roku, tj. na dzień otwarcia ofert. Odwołujący przyznawał, iż z treści samego oświadczenia (złożonego już po terminie otwarcia ofert) nie wynika fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert, lecz jak wykazywał w odwołaniu, w jego ocenie, dokument ten sam w sobie nie służy do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, na podstawie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu złożonych wraz z ofertą, zamawiający miał podstawy, aby jednoznacznie stwierdzić, iż na dzień składania ofert, tj. na dzień 16 grudnia 2010 roku Konsorcjum Usługi Leśne Resko 2011-2012 spełniało warunki udziału w postępowaniu.

W dniu 28 stycznia 2011 roku zamawiający przesłał wykonawcom listami poleconymi wezwanie w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując kopię odwołania. Do wyznaczonego terminu posiedzenia i rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na rozprawie zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, natomiast odwołujący nie stawiał się na termin posiedzenia i rozprawy pomimo prawidłowego wezwania.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę treść odwołania i oświadczenia złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych (braki formalne usunięto w wyznaczonym terminie) oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę, merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izba przyjęła następujące ustalenia faktyczne:

Zamawiający prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonanie usług leśnych w Nadleśnictwie Resko z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna w latach 2011-2012.

SIWZ w pkt 7.2. przewidywała:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,*
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; szczegółowe wymogi dotyczące powyższego warunku w odniesieniu do każdego z pakietów określone zostały w pkt 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia,*
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; szczegółowe wymogi dotyczące powyższego warunku w odniesieniu do każdego z pakietów określone zostały w pkt 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia,*
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej; szczegółowe wymogi dotyczące powyższego warunku w odniesieniu do każdego z pakietów określone zostały w pkt 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.*

W pkt 8.1. ppkt 1 SIWZ wskazywano:

„W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy powinni przedłożyć:

- 1) oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 PZP - wg wzoru - Załącznik nr 3 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.*

Ponadto w rozdziale 13 „ZESTAWIENIE DOKUMENTÓW, KTÓRE SKŁADAJĄ SIĘ NA OFERTĘ” w pkt 13.1. ppkt 1 SIWZ przewidywała:

„Kompletna oferta powinna zawierać:

(...) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 (wg wzoru - Załącznik nr 3 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia)”.

Odwołujący w swojej ofercie nie przedłożył wymaganego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 17 grudnia 2010 roku zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia m.in. oświadczenia Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp – wg wzoru – Załącznik nr 3 do SIWZ w terminie do 27 grudnia 2010 roku.

W odpowiedzi odwołujący w dniu 27 grudnia 2010 roku przedłożył zamawiającemu dokument - oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - opatrzony datą 27 grudnia 2010 roku.

Dnia 17 stycznia 2011 roku zamawiający opublikował na stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz przesłał ww informację listem poleconym. W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomił odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie pakietu nr 1,2,8 i 9 (w tych pakietach odwołujący złożył ofertę). W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia odwołującego wskazał, iż z treści oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przedłożonego przez odwołującego na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp opatrzono datą 27 grudnia 2010 roku nie można wywieść, iż odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wobec powyższego zamawiający uznał, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ww zakresie i został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Uzasadniając odrzucenie oferty wskazał, iż oferta odwołującego na pakiety nr 1,2, 8 i 9 została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – nie złożył oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie dostarczył wymaganych przez zamawiającego dokumentów, które miały potwierdzać spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 16 grudnia 2010 roku.

Z przywołaną argumentacją nie zgodził się odwołujący, dowodząc w odwołaniu bezprawności działań zamawiającego w przedmiotowym zakresie.

W świetle powyższego Izba zważyła, co następuje:

Niesporne jest, iż zamawiający w treści SIWZ wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy powinni przedłożyć m.in. oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp - wg wzoru - Załącznik nr 3 do SIWZ (pkt 8.1. ppkt 1 SIWZ). Niesporna jest również okoliczność, że odwołujący nie załączył do oferty wymaganego oświadczenia, a

w wyniku wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.1. ppkt 1 SIWZ przedłożył w terminie wskazanym przez zamawiającego oświadczenie sporządzone zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ, datowane na 27 grudnia 2010 roku, a zatem po upływie terminu składania ofert wyznaczonym na 16 grudnia 2010 roku. Ponadto z treści odwołania można wysnuć wniosek, że niesporna jest też okoliczność, iż z treści samego oświadczenia z dnia 27 grudnia 2010 roku nie wynika fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upłynął termin składania ofert (cyt.: *„Wykonawca przyznaje, iż z treści samego oświadczenia (złożonego już po terminie otwarcia ofert) nie wynika fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert lecz jak wykazano wcześniej dokument ten sam w sobie nie służy do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Naszym zdaniem, na podstawie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu złożonych wraz z ofertą, Zamawiający ma podstawy aby jednoznacznie stwierdzić iż na dzień składania ofert tj. na dzień 16.12.2010 r Konsorcjum Usługi Leśne Resko 2011-2012 spełnia warunki udziału w postępowaniu”*). Sporny zatem jest charakter oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. czy oświadczenie to składane jest w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również czy brak prawidłowego, zgodnego z ustawą Pzp oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, przy równoczesnym przedłożeniu dokumentów wymaganych przez zamawiającego w SIWZ potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, których opis sposobu dokonania oceny spełniania został zawarty w SIWZ (dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków szczegółowych określonych przez zamawiającego), przesądza o niewykazaniu przez odwołującego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i zachodzi wówczas przesłanka do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Dokonując oceny w powyższym zakresie, przede wszystkim należy wskazać, iż art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wyraźnie przewiduje, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie obejmuje tym samym dwie grupy przypadków. Po pierwsze, gdy wykonawca wprawdzie przedłożył wymagane przez zamawiającego prawidłowe oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz wynika z nich, iż postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie spełnia, a zatem nie jest zdolny do wykonania zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego. Po drugie przepis obejmuje sytuacje, gdy wykonawca nie przedłożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ten drugi przypadek abstrahuje od rzeczywistej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Wykonawca będzie podlegał wykluczeniu nawet, gdy posiada faktyczną zdolność do wykonania zamówienia, lecz nie przedłożył wszystkich wymaganych oświadczeń i/lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Należy bowiem wówczas przyjąć, iż nie wykazał, że spełnia postawione warunki, a obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Stanowisko powyższe potwierdza również doktryna (tak *Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata Komentarz do art. 24 ustawy Pzp, Lex 2010; J. Pieróg „Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 10 wydanie, str. 134, C.H. Beck Warszawa 2010: „(...) zamawiający nie ma już dylematu, czy wykonawca nie spełnia warunku, czy też nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków. Jednocześnie nowe sformułowanie przepisu powoduje, że to wykonawca ma wykazać i przekonać zamawiającego, że spełnia warunki i nie podlega wykluczeniu, nie zaś zamawiający ma wykazywać niespełnianie warunków przez wykonawcę”*). Powyższe wynika również z regulacji zawartej w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei przywoływany przez odwołującego art. 44 ustawy Pzp jednoznacznie nakazuje złożenie wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również tych dokumentów. Przepis art. 44 ustawy Pzp ustanawia zatem obowiązek złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w każdym przypadku, niezależnie od wartości zamówienia. Jest to obowiązek wynikający wprost z ustawy Pzp. Literalna interpretacja tego przepisu pozwala na uznanie, iż oświadczenie wskazane w art. 44 ustawy Pzp winno być złożone przez wykonawcę nawet bez wezwania zamawiającego, ponieważ do jego złożenia zobowiązuje wykonawców sama ustawa Pzp. Jednak równocześnie regulacja zawarta w art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nakazuje umieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia m.in. informację o oświadczeniach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z tego względu informacja o obowiązku złożenia powyższego oświadczenia zamieszczana jest w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co miało miejsce również w niniejszej sprawie.

Ponadto należy przyjąć, iż oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w

postępowaniu wskazane w art. 44 ustawy Pzp odnosi się tylko do przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a nie dotyczy art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (brak podstaw do wykluczenia). Wprowadzie pojęcie „warunków udziału w postępowaniu”, którym posługują się przepisy znowelizowanej ustawy Pzp, nie zostało w niej jednoznacznie zdefiniowane, jednak ze względu na cel regulacji należy je co do zasady interpretować jako obejmujące warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (warunki pozytywne), jak i brak podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (warunki negatywne), jednak w przypadku oświadczenia z art. 44 ustawy Pzp dotyczy ono wyłącznie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowym argumentem jest okoliczność, iż w zakresie braku podstaw do wykluczenia składane jest odrębne oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (wskazuje na to § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz.1817) (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”). Samodzielną podstawę prawną do żądania oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi zatem art. 44 ustawy Pzp. Konieczność złożenia takiego oświadczenia dotyczy każdego postępowania, niezależnie od wartości zamówienia i niezależnie od obowiązku przedłożenia innych rodzajów dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych przez zamawiającego. Ponadto niewątpliwie oświadczenie, o którym mowa w art. 44 ustawy Pzp jest składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wynika to z jego treści (wykonawca oświadcza, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu), jak również obligatoryjnego charakteru (jest niezbędne w każdym postępowaniu, choćby zamawiający nie dokonywał szczegółowego opisu warunków udziału w postępowaniu ani nie żądał przedstawienia przez wykonawców żadnych innych dokumentów czy oświadczeń na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Warto powołać także treść wzoru ogłoszenia o zamówieniu, stanowiącego załącznik nr 1 do wydanego na podstawie art. 11 ust. 6 ustawy Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69), która potwierdza, iż zamawiający w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp żąda oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (pkt III.4.1 wzoru ogłoszenia o zamówieniu przewiduje: „*W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu należy przedłożyć (...)*”). W ocenie Izby nie można dopatrzeć się jakiegokolwiek innego celu składania takiego oświadczenia niż wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowania.

Takiego celu nie wskazuje także odwołujący w treści odwołania, podnosząc jedynie, że z uwagi na fakt, iż oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie zostało wymienione w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, które w § 1 ust. 1 zawiera zamknięty katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w celu wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zawartych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp), to nie może być traktowane jako dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie określa jednak, jaki jego zdaniem jest cel tego dokumentu i ewentualne skutki jego niezłożenia pomimo ustalenia takiego obowiązku zarówno w ustawie Pzp, jak i SIWZ. W ocenie Izby niezamieszczenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w katalogu dokumentów zawartych w §1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów w żadnym razie nie przesądza, iż oświadczenie to nie ma na celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a brak prawidłowego oświadczenia nie ma wpływu na ocenę czy wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu (a zatem brak prawidłowego oświadczenia nie może uzasadniać wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Niewskazanie oświadczenia w katalogu dokumentów wymienionych w §1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów można uzasadnić brakiem potrzeby powielania regulacji ustawowej wynikającej z art. 44 ustawy Pzp. Na marginesie Izba zauważa, iż rozumowanie odwołującego obarczone jest dodatkowo pewnego rodzaju błędem logicznym. Skoro bowiem uznaje on, iż oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przewidziane w art. 44 ustawy Pzp nie należy do kategorii oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to z uwagi na treść przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie podlegałoby ono uzupełnieniu na wezwanie zamawiającego w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten jednoznacznie bowiem dotyczy oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zaś art. 25 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Tymczasem odwołujący nie kwestionował możliwości uzupełnienia tego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Możliwość uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 89/08).

Tym samym należy jednoznacznie stwierdzić, iż spełnienie żądania zamawiającego w postaci dostarczenia wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia odpowiedniego

oświadczenia wskazanego w art. 44 ustawy Pzp, jak również iż oświadczenie to jest składane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należy podkreślić, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający, realizując obowiązek wynikający z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jednoznacznie sformułował w SIWZ obowiązek przedłożenia takiego oświadczenia. Skoro zatem oświadczenie, o którym mowa w art. 44 ustawy Pzp składane jest na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, brak prawidłowego oświadczenia stanowił będzie podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (por. J. Pieróg „*Prawo zamówień publicznych. Komentarz. 10 wydanie, str. 211-212, C.H. Beck Warszawa 2010*). Jak wskazano powyżej, nie budzi bowiem wątpliwości, że oświadczenie to w przypadku jego braku lub zawartych w nim błędów podlega obowiązkowi wezwania do uzupełnienia na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym należy zweryfikować, czy oświadczenie przedłożone przez odwołującego w wyniku wezwania do uzupełnienia w wymaganym przez zamawiającego terminie, datowane na dzień 27 grudnia 2010 roku, spełnia wymogi wynikające z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenia złożone na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp 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 Pzp. 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 Pzp) musi potwierdzać spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (a także brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp) 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 oświadczenie składanym w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest decydująca, ale z treści oświadczenia musi jednoznacznie wynikać, iż w dacie upływu terminu składania ofert warunki te były spełnione. Izba wskazuje, że zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia z dnia 17 grudnia 2010 roku zacytował przepis art. 26 ustawy Pzp, ale nawet gdyby tego nie uczynił, to termin ten wynika wprost z ustawy Pzp i zamawiający nie ma obowiązku przywoływać treści przepisów bezwzględnie obowiązujących w SIWZ czy wezwaniu do uzupełnienia dokumentów (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 sierpnia 2010 roku, sygn. akt KIO/1694/10). 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 Pzp 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 Pzp. Treść oświadczenia nie pozwala 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, a zamawiający nie wymagał posłużenia się załącznikiem do SIWZ. Wykonawcy mogli sporządzić własny formularz pod warunkiem, iż będzie on swoją treścią odpowiadał formularzowi będącemu załącznikiem do SIWZ (pkt 12.2 SIWZ). Wykonawcy mogli zatem dokonywać modyfikacji, przy założeniu, iż zmodyfikowany dokument uwzględniał treść wymaganą przez zamawiającego. 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 Pzp.

W świetle powyższego, Izba uznała za poprawne postępowanie zamawiającego, który ocenił, iż wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła żądania zamawiającego o obciążenie odwołującego kosztami postępowania w zakresie kosztów poniesionych przez zamawiającego, ponieważ zamawiający ani nie sprecyzował, jakich uzasadnionych kosztów zamawiającego żądanie dotyczy ani nie złożył do akt sprawy rachunków dokumentujących wysokość poniesionych kosztów, jak tego wymaga § 3 pkt 2 ww rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Przewodniczący:

.....