Sygn. akt: KIO 997/12

WYROK
z dnia 6 czerwca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2012 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach przy Placu Piastów 10, 44-101 Gliwice (lider), AWBUD S.A. z siedzibą w Ogrodzieńcu przy ulicy Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec, Wojciech Wojciechowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wojciech Wojciechowski Architekt z siedzibą w Katowicach przy ulicy Różanej 15/11, 40-045 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowe Towarzystwo Budownictwa Społecznego KWATERA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Starościńskiej 1, 02-516 Warszawa

przy udziale:
- wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Kochanowskiego 7, 60- 845 Poznań

zgłaszające swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

---

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
   Nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Kochanowskiego 7, 60- 845 Poznań na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
   Nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Wojskowe Towarzystwo Budownictwa Społecznego KWATERA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Starościńskiej 1, 02-516 Warszawa i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 gr 00** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wspólnie się o wykonawców ubiegających zamówienie: Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach przy Placu Piastów 10, 44-101 Gliwice (lider), AWBUD S.A. z siedzibą w Ogrodzieńcu przy ulicy Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec, Wojciech Wojciechowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wojciech Wojciechowski Architekt z siedzibą w Katowicach przy ulicy Różanej 15/11, 40-045 Katowice tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od Zamawiającego Wojskowe Towarzystwo Budownictwa Społecznego KWATERA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Starościńskiej 1, 02-516 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach przy Placu Piastów 10, 44-101 Gliwice (lider), AWBUD S.A. z siedzibą w Ogrodzieńcu przy ulicy Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec, Wojciech Wojciechowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wojciech Wojciechowski Architekt z siedzibą w Katowicach przy ulicy Różanej 15/11,

40-045 Katowice kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie.

Przewodniczący: ……

3

Sygn. akt: KIO 997/12

UZASADNIENIE

Zamawiający Wojskowe Towarzystwo Budownictwa Społecznego KWATERA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ulicy Starościńskiej 1, 02-516 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego *Zaprojektowanie osiedla mieszkaniowego składającego się z dziesięciu wielorodzinnych budynków mieszkalnych na 736 mieszkań oraz biurowca, wraz z garażami podziemnymi wielostanowiskowymi, garażem naziemnym wielostanowiskowym i wielopoziomowym, infrastrukturą, zagospodarowaniem terenu i obiektami towarzyszącymi oraz wybudowaniu „pod klucz" 2 (dwóch) wielorodzinnych budynków mieszkalnych na 132 mieszkania oraz biurowca z garażami wielostanowiskowymi, infrastrukturą, zagospodarowaniem terenu i obiektami towarzyszącymi na działce położonej w Warszawie przy ul. Gilarskiej, woj. Mazowieckie* opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 34-054618 z 18 lutego 2012 roku.

Pismem z 8 maja 2012 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że do realizacji zamówienia wybrano ofertę Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego i Handlowego AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań.

18 maja 2012 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") z powodu dokonanego przez Zamawiającego w dniu 8 maja 2012 r. rozstrzygnięcia postępowania przez wybór oferty najkorzystniejszej Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego i Handlowego AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań oraz zaniechania wykluczenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego i Handlowego AGROBEX Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i nie wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie niniejszego odwołania,

4

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na rozstrzygnięciu przedmiotowego przez wybór oferty najkorzystniejszej postępowania Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego i Handlowego AGROBEX Sp. z o.o.,
- nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a następnie wybranie oferty najkorzystniejszej, zgodnie z treścią SIWZ,
- zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący argumentował, że ma interes prawny do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, albowiem jego oferta spełnia wymogi określone w SIWZ, nie została wykluczona ani odrzucona. W sytuacji, gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał wszystkich czynności, oferta ta winna zostać uznana za najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy:

1. Zamawiający w pkt 16.1 lit. c) A) SIWZ na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu t.j. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zażądał od Wykonawców osób do projektowania przedstawienia wykazu posiadających uprawnienia w wymienionych tam szczegółowo specjalnościach. Wykaz ten winien był zostać wykonany według wzoru określonego w załączniku nr 8 a do SIWZ.

W ofercie AGROBEX Sp. z o.o. (karta 74 oferty) został złożony wykaz sporządzony na podstawie załącznika nr 8 a do SIWZ. Pod pozycją „pieczęć wykonawcy", która identyfikuje autora składanego oświadczenia, została umieszczona pieczęć FS&P ARCUS Sp. z o.o. w Warszawie, która nie składała oferty. Formularz został podpisany przez uprawnionych do reprezentacji tego podmiotu prokurentów Zbigniewa Świtalskiego i Andrzeja Bąkowskiego. Oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne jest ofertą Wykonawcy, a nie osób trzecich - nawet jeżeli (jak w niniejszej sprawie) udostępniają one część zasobów. Tym samym wszystkie oświadczenia wymagane przez Zamawiającego muszą być złożone przez Wykonawcę składającego ofertę. Brak wymaganego przez SIWZ oświadczenia stanowi brak oferty, który winien zostać uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3

---

ustawy. Zamawiający nie żądając uzupełnienia oferty w tym zakresie naruszył przepisy postępowania.

2. Zamawiający w pkt 16.1 lit. b) SIWZ na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu t.j. posiadania wiedzy i doświadczenia, zażądał od Wykonawców przedstawienia wykazu wykonanych usług projektowych. Wykaz ten winien był zostać wykonany według wzoru określonego w załączniku nr 7 a do SIWZ.

W ofercie AGROBEX Sp. z o.o. (karta 49 oferty) został złożony wykaz sporządzony na podstawie załącznika nr 7 a do SIWZ. Pod pozycją „pieczęć wykonawcy", która identyfikuje autora stosownych oświadczeń, została umieszczona pieczęć FS&P ARCUS Sp. z o.o. w Warszawie, który to podmiot nie składał oferty. Formularz został podpisany przez uprawnionych do reprezentacji tej spółki prokurentów Zbigniewa Świtalskiego i Andrzeja Bąkowskiego.

Zamawiający pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. (WTBS.ZZP.720.18.49.AD.1269.12) w punkcie A) w trybie art. 26 ust. 4 ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie, względnie do złożenia nowego wykazu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Odpowiadając na powyższe wezwanie Wykonawca pismem z dnia 25 kwietnia 2012 r. (L.Dz. ADM/878/2012) złożył wyjaśnienia, składając jednocześnie nowy (uzupełniony o wymagane przez SIWZ elementy) formularz, datowany na dzień 26 kwietnia 2012 r. Dokument ten został ponownie sporządzony przez FS&P ARCUS Sp. z o.o. i podpisany przez uprawnionego do jej reprezentacji Prezesa Mariusza Ścisło.

Oferta składana w postępowaniu u zamówienie publiczne jest ofertą Wykonawcy, a nie osób trzecich - nawet jeżeli (jak w niniejszej sprawie) udostępniają one część zasobów. Tym samym wszystkie oświadczenia wymagane przez Zamawiającego muszą być złożone przez Wykonawcę składającego ofertę. Brak wymaganego przez SIWZ oświadczenia stanowi brak oferty, który winien zostać uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający nie żądając uzupełnienia oferty w tym zakresie naruszył przepisy postępowania.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy:

1. Zamawiający w pkt 16.1 lit. c) SIWZ na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu t.j. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zażądał od Wykonawców przedstawienia wykazu osób posiadających uprawnienia do kierowania robotami

budowlanymi w wymienionych tam szczegółowo specjalnościach, w tym osoby posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej bez ograniczeń. Wykaz ten winien był zostać wykonany według wzoru określonego w załączniku nr 8 do SIWZ.

W ofercie AGROBEX Sp. z o.o. (karta 60 oferty) został złożony wykaz sporządzony na podstawie załącznika nr 8 do SIWZ, gdzie nie wskazano osoby posiadającej uprawnienia o specjalności architektonicznej. Zamawiający pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. (WTBS.ZZP.720.18.49.AD.1269.12) w punkcie B) wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oferty w wyżej wymienionym zakresie przez złożenie wykazu osób. Odpowiadając na powyższe wezwanie Wykonawca pismem z dnia 25 kwietnia 2012 r. (L.Dz. ADM/878/2012) złożył wykaz, w którym wskazał mgr inż. architekt Małgorzatę Lisiecką i mgr inż. Pawła Michalskiego jako osoby posiadające stosowne uprawnienia w zakresie wymaganym przez SIWZ. Złożone oświadczenie nosi datę 24 kwietnia 2012 r. z jego treści (ani też z pisma przewodniego) nie wynika, aby Wykonawca dysponował lub miał dysponować tymi osobami w dniu, w którym upływał termin składania ofert (t.j. 26 marca 2012 r.). Tym samym uzupełnienie nie spełnia warunku określonego w art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy, zgodnie z którym 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W związku z powyższym, wobec braku możliwości ponownego zastosowania procedury uzupełnienia w tym zakresie, Zamawiający winien był uznać, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczyć go z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy), a jego ofertę uznać za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy). Czynności tych Zamawiający zaniechał, czym naruszył przepisy ustawy.

2. Zamawiający w pkt 16.1 lit. c) SIWZ na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu t.j. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zażądał od Wykonawców przedstawienia, że dysponują oni lub będą dysponować co najmniej 1 osobą - koordynatorem inwestycji, posiadającym uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń.

Wykaz ten winien był zostać wykonany według wzoru określonego w załączniku nr 8 b do SIWZ.

W ofercie AGROBEX Sp. z o.o. brak jest wymaganego oświadczenia. Zamawiający pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. (WTBS.ZZP.720.18.49.AD.1269.12) w punkcie C) wezwał Wykonawcę (alternatywnie) w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień, czy Mariusz Wcisło posiada stosowne uprawnienia lub do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w wyżej wymienionym zakresie przez złożenie nowego wykazu z jednoczesnym poświadczeniem wymaganych uprawnień przez osobę w nim wskazaną. Odpowiadając na powyższe wezwanie Wykonawca pismem z dnia 25 kwietnia 2012 r. (L.Dz. ADM/878/2012), powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy złożył nowy wykaz sporządzony w oparciu o załącznik nr 8 b do SIWZ, w którym wskazał mgr inż. Marcina Gzieło jako osobę posiadającą uprawnienia w zakresie wymaganym przez SIWZ, mającą pełnić funkcję koordynatora inwestycji. Złożone oświadczenie nosi datę 24 kwietnia 2012 r. Z jego treści (ani też z pisma przewodniego) nie wynika, aby Wykonawca dysponował lub miał dysponować tą osobą w dniu, w którym upływał termin składania ofert (t.j. 26 marca 2012 r.).

Tym samym uzupełnienie nie spełnia warunku określonego w art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy, zgodnie z którym złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi łub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W związku z powyższym, wobec braku możliwości ponownego zastosowania procedury uzupełnienia w tym zakresie, Zamawiający winien był uznać, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczyć go z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy), a jego ofertę uznać za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy). Czynności tych Zamawiający zaniechał, czym naruszył przepisy ustawy.

3. Zamawiający, dopuszczając powoływanie się Wykonawców na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w postępowaniu, zażądał od Wykonawcy złożenia dokumentów stwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu użyczającego na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy (pkt 16.4 w zw. z pkt. 16.2 SIWZ).

Z treści oferty wynika, że AGROBEX Sp. z o.o. przy realizacji zamówienia korzystał będzie z potencjału FS&P ARCUS Sp. z o.o., w związku z czym do oferty załączono wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Zamawiający pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. (WTBS.ZZP.720.18.49.AD.1269.12) w punkcie E) wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oferty w wyżej wymienionym zakresie przez złożenie wymienionych tam szczegółowo dokumentów w prawidłowy sposób t.j. poświadczonych za zgodność przez osoby upoważnione. W wezwaniu wymieniono konkretne dokumenty ze wskazaniem ich położenia w złożonej ofercie (numery kart). Odpowiadając na powyższe wezwanie Wykonawca pismem z dnia 25 kwietnia 2012 r. (L.Dz. ADM/878/2012) złożył dokumenty z prawidłowym poświadczeniem zgodności. Jednak w zakresie odpisu KRS dla FS&P ARCUS Sp. Z o.o. (str. 143-146) złożył poświadczony za zgodność odpis KRS z dnia 6 kwietnia 2012 r., podczas gdy pierwotny odpis został wydany w dniu 20 marca 2012 r. Z powyższego wynika, że Wykonawca nie wykonał wezwania Zamawiającego, przedłożył bowiem inny, nowy dokument, do tego poświadczający stan na dzień 6 kwietnia 2012 r to jest po upływie terminu do składania ofert (26 marca 2012 r.). W związku z powyższym, wobec braku możliwości ponownego zastosowania procedury uzupełnienia w tym zakresie. Zamawiający winien był uznać, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczyć go z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy), a jego ofertę uznać za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy). Czynności tych Zamawiający zaniechał, czym naruszył przepisy ustawy.

Wskazane powyżej naruszenia ustawy prowadzą do nierównego traktowania Wykonawców, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Zamawiający 23 maja 2012 roku, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej faksem Odpowiedź na odwołanie (pismo z 22 maja 2012 roku). Zamawiający wskazał, że zarzuty przedstawione przez Odwołującego są niezasadne.
W zakresie zarzutu nr 1:
W odniesieniu do zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy w tym zakresie. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu, iż w ofercie Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., został złożony wykaz osób sporządzony na podstawie zał. nr 8 do SIWZ (str. 74

---

oferty) oraz wykaz usług projektowych sporządzony na podstawie zał. nr 7a do SIWZ, opatrzone pieczęcią podmiotu udostępniającego swoje zasoby, tj. FS&P ARCUS Sp. z o.o., ul. gen. Romana Abrahama 12 lok. XI, 03-982 Warszawa oraz podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu. Należy zgodzić się z Odwołującym, iż wszystkie oświadczenia wymagane przez Zamawiającego muszą być złożone przez Wykonawcę

składającego ofertę, co też miało miejsce w tym przypadku. Wykonawca: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań spełnił ten warunek, gdyż ww. wykazy zostały podpisane również przez osoby uprawnione do reprezentacji tego Wykonawcy (tj. pana Tomasza Ofierskiego - Członka Zarządu firmy Agrobex Sp. z o.o. oraz panią Stefanię Chudzicką-Ciąder - Wiceprezesa Zarządu). Tym samym nie można zgodzić się z Odwołującym, iż zakwestionowane dokumenty zostały nieprawidłowo podpisane, tylko przez sam fakt, iż podpisy nie znajdują się w miejscach do tego wyznaczonych.
Odnosząc się do zarzutu braku pieczęci Wykonawcy (zamiast niej widnieje pieczęć podmiotu udostępniającego swoje zasoby, tj. FS&P ARCUS Sp. z o.o., ul. gen. Romana Abrahama 12 lok. XI, 03-982 Warszawa) należy stwierdzić, iż brak pieczęci Wykonawcy nie jest brakiem, który powoduje konieczność wezwania do uzupełnienia oferty w tym zakresie.
Do zachowania formy pisemnej nie jest konieczne umieszczenie na oświadczeniach Wykonawcy pieczątek. Sam wymóg umieszczenia na załączonych przez Zamawiającego wzorach pieczątek, jest wymogiem, co do formy, a nie treści oferty. Dane adresowe wynikają bowiem z treści samej oferty i nie muszą być powtarzane w każdym z dokumentów składających się na całość oferty.
W zakresie zarzutu nr 2:
W odniesieniu do zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy, Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy w tym zakresie. Odnosząc się do zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty i oświadczenia powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później, niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert. Z treści ww. przepisu jednoznacznie wynika, iż uzupełniane dokumenty i oświadczenia mogą być składane z datą późniejszą niż termin składania ofert. Dyspozycja przepisu art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie terminu - dnia, na które składane oświadczenie czy też dokument musi potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie określa jednoznacznie, że decydującym w tym zakresie jest dzień złożenia oświadczenia. Wykonawca w wykonaniu wezwania do uzupełnienia oferty złożył

oświadczenia datowane na dzień 26 kwietnia 2012 r. czym - zdaniem Zamawiającego - potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wystarczającym do takiego uznania jest treść składanego oświadczenia zawierająca sformułowania, tj. *Składając ofertę w przetargu nieograniczonym na Zaprojektowanie osiedla mieszkaniowego składającego się z dziesięciu wielorodzinnych budynków mieszkalnych na 736 mieszkań oraz biurowca (...) oświadczamy, że (...)* Powyższa treść oświadczenia wskazuje zarówno przedmiot zamówienia, jak i co najważniejsze moment, na który składane oświadczenie wywierało skutek prawny. Stwierdzenie "składając ofertę", bezsprzecznie potwierdza, że jest to dzień składania ofert, tj. 26 marca 2012 r. Inna interpretacja prowadziłaby do eliminacji Wykonawcy z postępowania, który nie ma możliwości złożenia dokumentu czy też oświadczenia z datą wcześniejszą niż wezwanie Zamawiającego. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 2/07, X Ga 4/07 według którego: *na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert. Celem bowiem złożenia oświadczeń i warunków jest uzyskanie przez zamawiającego niezbędnej wiedzy na temat zdolności wykonawcy do realizacji zadania objętego zamówieniem publicznym. Skoro więc z dokumentów wynika, iż wykonawca posiada możliwości do wykonania zamówienia to nie ma znaczenia, że dokumenty potwierdzające ten fakt na dzień otwarcia ofert zostały wystawione po tej dacie.* Tym samym należy jednoznacznie stwierdzić, iż uzupełniane dokumenty i oświadczenia mogą być składane z datą późniejszą niż termin składania ofert, jednakże z ich treści musi jednoznacznie wynikać moment, na który zostały one wystawione lub poświadczają określone okoliczności, nie późniejsze niż termin składania ofert. Powyższą interpretację Zamawiającego potwierdzają również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2009 r, KIO/UZP 538/09 - *uzupełniane dokumenty i oświadczenia mogą być składane z datą późniejszą niż termin składania ofert, jednakże z ich treści musi jednoznacznie wynikać moment, na który (...) poświadczają określone okoliczności, nie późniejsze niż termin składania ofert (...) Stwierdzenie składając ofertę*

bezsprzecznie potwierdza, że jest to dzień składania ofert oraz wyrok KIO z dnia 10 maja 2011 r., sygn. akt KIO 858/11.
W zakresie zarzutu opisanego w punkcie 3 Zamawiający wskazał, że Wykonawca - Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań, złożył wraz z ofertą prawidłowy dokument, tj. odpis z KRS dla spółki FS&P ARCUS Sp. z o.o., ul. gen. Romana Abrahama 12 lok. XI, 03-982 Warszawa (data wystawienia 20.03.2012 r), dokument został podpisany i poświadczony

również przez osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy, co jest zgodne z przepisami prawa. Zamawiający, w związku z rozbieżnościami w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty, tj. do złożenia prawidłowo podpisanych dokumentów dotyczących podmiotu FS&P ARCUS Sp. z o.o., ul. gen. Romana Abrahama 12 lok. XI, 03-982 Warszawa. Jednakże należy stwierdzić, iż Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Wykonawcy do uzupełnienia oferty o dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego swoje zasoby, tylko dlatego, iż zostały one podpisane i poświadczone przez Wykonawcę, a nie przez ten podmiot. Na potwierdzenie tego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1545/10: *w odniesieniu do kwestii poświadczenia za zgodność z oryginałem oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby do realizacji zamówienia, Izba ustaliła, iż (..) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadkach określonych w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. (..,), kopie dokumentów dotyczące odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Powyższe postanowienie specyfikacji jest powtórzeniem przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. Nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że powyższy przepis przewiduje możliwość poświadczenia za zgodność z oryginałem oświadczeń wyłącznie przez podmioty, które je wystawiły. Użyta w powyższym przepisie alternatywa łączna przesądza o możliwości dokonania tego poświadczenia zarówno przez wykonawcę jak i wystawcę dokumentu, a przeciwna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem przepisu i nieuzasadniona względami celowości.* Tym samym Zamawiający dokonując ponownej oceny oferty Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań i analizując złożone uzupełnienia uznał, iż złożony wraz z ofertą odpis z KRS podmiotu udostępniającego swoje zasoby jest prawidłowy, gdyż poświadczony został również przez osoby upoważnione do reprezentacji Wykonawcy (tj. pana Tomasza Ofierskiego - Członka Zarządu firmy Agrobex Sp. z o.o. oraz panią Stefanię Chudzicką - Ciąder - Wiceprezesa Zarządu Agrobex Sp. z o.o). Takie stanowisko zajęła również Izba w wyroku z dnia 24 marca 2011 r. sygn. akt KIO 523/11.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz

oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 maja 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*

naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Kochanowskiego 7, 60- 845 Poznań. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 21 maja 2012 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Kochanowskiego 7, 60- 845 Poznań - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły

na posiedzeniu. Izba uznała, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Kochanowskiego 7, 60- 845 Poznań stało się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego tj. komplet dokumentów potwierdzających, że Pan Gzieło i Pan Michalski pozostają w dyspozycji wykonawcy i pozostawali na dzień składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy z uwagi na zaniechanie czynności wezwania do uzupełnienia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Kochanowskiego 7, 60- 845 Poznań dokumentów zawartych na stronach 49 i 74 oferty tj. Wykazu usług projektowych wykonanych w okresie ostatnich trzech lat (według załącznika nr 7a do SIWZ) i Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadających uprawnienia budowlane do projektowania obiektu budowlanego (według załącznika nr 8 do SIWZ) z uwagi na brak podpisów wykonawcy we wskazanym miejscu a co za tym idzie brak złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń, Izba uznała za niezasadny.
Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust.*

1, 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.
Dokumenty złożone na stronie 49 oraz 74 zostały podpisane prawidłowo przez uprawnione osoby wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o. Członka Zarządu - Pan Tomasz Ofierski oraz V-ce Prezesa Zarządu - Pani Stefania Chudzicka–Ciąder. Brak złożenia podpisów w miejscach „wykropkowanych" w wzorze załącznika nie może stanowić podstawy nieważności złożonego oświadczenia. Podpisy zostały złożone poniżej, wraz z wymaganymi pieczęciami tych osób. Fakt, że dokumenty te zostały podpisane jeszcze przez upełnomocnione osoby podmiotu udostępniającego wykonawcy swoje zasoby nie stanowi uchybienia skutkującego nieważnością złożonego oświadczenia bądź jego wadliwością. W zakresie braku pieczęci wykonawcy na oświadczeniach należy wskazać, że jest to jedynie naruszenie dotyczące formy złożonego oświadczenia nie mające wpływu na jego skuteczność. W Formularzu oferty wykonawca podał wszystkie dokładne identyfikujące go jako wykonawcę składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Izba uznała, że ocena jakiej dokonał Zamawiający badając owe dokumenty w zakresie prawidłowego ich podpisania przez wykonawcę dokonana została należycie i w tym zakresie Zamawiający nie naruszył przepisu art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 - *Z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy: (…) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu* i art. 24 ust. 4 ustawy - *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą* z uwagi na niewykluczenie z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Kochanowskiego 7, 60- 845 Poznań z powodu niewykazania najpóźniej na dzień składania ofert w postępowaniu warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała za zasadny i w tym zakresie uwzględniła odwołanie.
Na wezwanie Zamawiającego z 20 kwietnia 2012 roku, w którym Zamawiający wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o.

do uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań określonych w pkt 16.1 lit. c) SIWZ dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - wykaz osób posiadających uprawnienia do kierowania robotam budowlanymi w wymienionych tam szczegółowo specjalnościach, w tym osoby posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej bez ograniczeń wg załącznika nr 8 do SIWZ oraz do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy - *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.* do lub uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 dokumentów że wykonawca dysponuje oni lub będzie dysponować co najmniej 1 osobą - koordynatorem inwestycji, posiadającym uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Wykaz ten winien był zostać wykonany według wzoru określonego w załączniku nr 8 b do SIWZ.
Wykoanwca za pismem przewodnim z 25 kwietnia 2012 roku złożył dokumenty do jakich go wzywał Zamawiajacy tj. w obu przypadkach dokonał uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustaw. Oba uzupełnione okumenty złożone na wzorach załączników nr 8 i 8b do SIWZ zostały podpisane z datą 24 kwietnia 2012 roku.
Izba podziela ugruntowane w orzecznictwie stanowisko i wskazuje, iż czym innym jest posiadanie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, a czym innym jest wykazanie tego faktu (porównaj wyrok KIO z 17 lutego 2011 roku sygn. akt 237/11). Określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opiera się

na niewykazaniu spełnienia warunku (art. 24 ust. 2 pkt 4 - *Z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy: (…) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu).* Obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu a spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest wykazać najpóźniej na dzień składania ofert (art. 26 ust. 2a) *Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.Jeżeli* z jakiś powodów nie zostanie wykazane przez Wykonawcę spełnienie warunków określonych przez Zamawiającego, obowiązkiem Zamawiającego, jest zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, wezwanie wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie

warunków. Zgodnie z art. 26 ust. 3 zd 2 *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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.* Powyższe prowadzi do wniosku, że istotnym z punktu widzenia oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wyłącznie to, czy zostało wykazane spełnienie warunku najpóźniej na dzień składania ofert. Nie jest kwestionowana możliwość złożenia dokumentu sporządzonego po terminie składania ofert, jednakże z dokumentu, oświadczenia sporządzonego po terminie składania ofert powinno jasno wynikać, że warunek został spełniony najpóźniej w dniu składania ofert. W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia argumentacja podnoszona przez uczestnika postępowania odwoławczego jakoby obowiązek złożenia oświadczenia na wzorze stanowiącym załącznik do SIWZ (załącznik nr 8 i 8b) wyłączyły możliwość takiego złożenia oświadczenia, z którego wynikałoby, że warunek został spełniony na dzień składania ofert (26 marca 2012 roku). Odwołanie się Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego do treści wzoru załącznika 8 i 8b do SIWZ, do słów *składając ofertę w przetargu na „Zaprojektowanie (…)* w ocenie Izby nie stanowi potwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu oparta jest tylko o dokumenty i oświadczenia składane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu a w przypadku składania tych dokumentów na wezwanie Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że spełniał warunki w dniu składania ofert (najpóźniej). Ustawodawca precyzując jednoznacznie, że wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma nastąpić najpóźniej na dzień składania ofert w wyniku wezwania (art. 26 ust.3 ustawy) nie określił sposobu w jaki mają wykonawcy tego dokonać, tym samym pozostawił wykonawcy możliwość posłużenia się różnymi formami, które pozwolą na jednoznaczną ocenę czy najpóźniej na dzień składania ofert wykonawca wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu (porównaj wyrok KIO z 10 listopada 2010 roku sygn. akt 2369/10, wyrok KIO z 9 listopada 2010 roku sygn. akt 2351/10, wyrok KIO z 26 stycznia 2011 roku sygn. akt 72/11, wyrok KIO z 23 lutego 2011 roku sygn. akt 293/11, Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 kwietnia 2010 roku sygn. akt X Ga 60/10za).
Izba uznała, że ocena jakiej dokonał Zamawiający badając dokumenty złożone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o.

z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Kochanowskiego 7, 60- 845 Poznań złożone zgodnie z załącznikiem 8 i 8b do SIWZ na wezwanie Zamawiającego została dokonana przez Zamawiającego nieprawidłowo. Z dokumentów tych nie wynikało, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert. Tym samym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 24 ust.4 ustawy.

Zamawiający winien postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równego traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności, zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż „Formalizm *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (…)".* Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie

publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 - *Z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy: (…) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu* i art. 24 ust. 4 ustawy - *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą* z uwagi na niewykluczenie z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Kochanowskiego 7, 60- 845 Poznań z powodu złożenia w sposób nieprawidłowy podpisanego dokumentu odpis Krajowego Rejestru Sądowego dla podmiotu FS&P ARCUS Sp. z o.o. użyczającego swojego zasobu majacego brać udział w realizacji zamówoenia, Izba uznała za niezasadny.
Do oferty uczestnika postępowania odwoławczego został załączony odpis Krajowego Rejestru Sądowego wydany 20 marca 2012 roku dla podmiotu FS&P ARCUS Sp. z o.o. użyczającego swojego zasobu majacego brać udział w realizacji zamówoenia podpisany „za zgodność z oryginałem" przez wykonawcę tj. AGROBEX Sp. z o.o. (tj. pana Tomasza Ofierskiego - Członka Zarządu firmy Agrobex Sp. z o.o. oraz panią Stefanię Chudzicką - Ciąder - Wiceprezesa Zarządu Agrobex Sp. z o.o). Zamawiajacy wezwał wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu, wskazując, że zgodnie z orzecznictwem dokument podmiotu trzeciego powinien być podpisany przez umocowane do reprezentacji tego właśnie podmiotu osoby. Wykonawca za pisme z 25 kwietnia 2012 roku uzupełnił odpis Krajowego Rejestru Sądowego dla FS&P ARCUS Sp. z o.o., który został podpisany przez umocowane do reprezentacji osoby, jednakże dokument ten poświadcza stan prawny na dzień 6 kwietnia 2012 roku. Zamawiajacy dokonując ponownego badania ofert, uwzględniajac orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym przedmiocie uznał, że pierwotnie złożony wraz z ofertą

dokument jest prawidłowy i nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,* § 6 ust. 2 *W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.* W ocenie Izby z przepisu tego wynika, że w sytuacji, w której do oferty dołączane są kopie dokumentów

podmiotu trzeciego, potwierdzić je „za zgodność z oryginałem" może wykonawca, który składa ofertę jak i podmiot, który udostępnia wykonawcy swoje zasoby. Z przepisu w sposób literalny wynika, że kopie dokumentów, które składane są wraz z ofertą a dotyczące podmiotu trzecich są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Ocena dokonana przez Zamawiającego w efekcie jest prawidłowa, tym samym nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy w tym zakresie.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu na regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne,* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie dowody nie dowodzą w żaden sposób, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień złożenia oferty za pomocą dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz uzupełnionych w wyniku wezwania Zamawiającego. Mając na uwadze ugruntowane stanowisko reprezentowane w orzecznictwie, że czym innym jest posiadanie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, a czym innym jest wykazanie tego faktu, Izba wskazuje, że uczestnik postępowania nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień

składania ofert w oparciu o złożone Zamawiającemu dokumenty. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem pisemnym (art. 9 ust. 1 ustawy), oceny złożonych dokumentów dokonuje Zamawiający badając oferty. Weryfikacja poprawności oceny działania Zamawiającego dokonana w postępowaniu odwoławczym nie może sprowadzać się do konwalidowania działań wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający oraz uczestnik postępowania odwoławczego nie dowiedli, że złożone dokumenty przez uczestnika postępowania odwoławczego wraz z ofertą oraz w wyniku wezwania do uzupełnienia wykazały spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.

9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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).

Przewodniczący: ……

21

22

23

24