

Sygn. akt: KIO 1214/19

WYROK

z dnia 12 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. K., J. K.** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. K., J. K.** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. K., J. K.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sprzątanie pomieszczeń i placów zlokalizowanych na terenie obiektów MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 28 czerwca 2019 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. K., J. K., działający w ramach spółki cywilnej pod nazwą MDA – Spółka Cywilna we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec:

- I. unieważnieniu przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Sprzątanie pomieszczeń i placów zlokalizowanych na terenie obiektów MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu, postępowanie nr Z3/3789,
- II. podjęciu przez zamawiającego czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołujących w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Sprzątanie pomieszczeń i placów zlokalizowanych na terenie obiektów MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu, postępowanie nr Z3/3789,
- III. odrzuceniu przez zamawiającego oferty wykonawcy odwołujących, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Sprzątanie pomieszczeń i placów zlokalizowanych na terenie obiektów MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu, postępowanie nr Z3/3789,
- IV. wykluczeniu odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Sprzątanie pomieszczeń i placów zlokalizowanych na terenie obiektów MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu, postępowanie nr Z3/3789,
- V. zaniechaniu niezwłocznego powiadomienia odwołujących o odrzuceniu oferty oraz o przyczynach odrzucenia oferty, w tym podania podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia oferty odwołujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Sprzątanie pomieszczeń i placów zlokalizowanych na terenie obiektów MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu, postępowanie nr Z3/3789,
- VI. zaniechaniu niezwłocznego powiadomienia odwołujących o wykluczeniu ich oferty oraz o przyczynach wykluczenia oferty, w tym podania podstawy prawnej i faktycznej wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Sprzątanie

pomieszczeń i placów zlokalizowanych na terenie obiektów MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu, postępowanie nr Z3/3789,

VII. zaniechaniu sporządzenia przez zamawiającego wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego co do czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Sprzątanie pomieszczeń i placów zlokalizowanych na terenie obiektów MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu, postępowanie nr Z3/3789.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu:

I. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego wypełnienia ciążącego na nim obowiązku informacyjnego wynikającego z ww. normy prawnej i brak niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców, w tym odwołującego się o :

- wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym wykluczenia,
- wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym odrzucenia oferty,
- unieważnieniu postępowania, wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym unieważnienia postępowania,

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady przejrzystości postępowania, albowiem uniemożliwiło wykonawcom, w tym odwołującym, powzięcia wiadomości o powodach odrzucenia jego oferty z postępowania oraz podstawach prawnych i faktycznych takiej czynności zamawiającego, brak wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania nie pozwolił natomiast na powzięcie przez odwołujących wyraźnej wiadomości w przedmiocie powodów unieważnienia postępowania, a w konsekwencji podjęcia decyzji co do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianej w art. 179 ustawy P.z.p.;

II. naruszenie art. 89 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 a w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 i ust. 4 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy P.z.p. oraz art. 60 i art. 866 ustawy Kodeks cywilny poprzez nieuprawnione wykluczenie odwołujących jako wykonawców z postępowania i stwierdzenie, że odwołujący nie spełniali warunków udziału w postępowaniu wobec nieprzedstawienia pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu drugiego współnika spółki cywilnej, a w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty odwołujących i unieważnienie postępowania, podczas gdy:

- oferta odwołujących podpisana podpisem elektronicznym przez współnika spółki cywilnej- A. K., była ważna i nie podlegała odrzuceniu, albowiem zgodnie z art. 866 K.c. każdy ze współników spółki cywilnej był uprawniony do jej jednoosobowej reprezentacji, umocowanie A. K. wynika również z samej treści umowy spółki, i brak było podstaw do wykluczenia odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty,
- art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. nie przewiduje sankcji za niedotrzymanie terminu przedłożenia i pełnomocnictwa w postaci wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty, a dokonanie takiej czynności na podstawie tego przepisu uznać należy za , nieuzasadnione,
- wykonawca niezwłocznie po uzyskaniu informacji o nedoręczeniu pełnomocnictwa, | ponownie je przedłożył - skutecznie, a nedoręczenie pełnomocnictwa w terminie nastąpiło bez jego winy i z przyczyny leżącej po stronie zamawiającego,
- pełnomocnictwo do złożenia oferty w imieniu spółki przez A. K., jako oświadczenie woli współnika w rozumieniu art. 60 K.c. zostało złożone w pliku JEDZ, podpisanym przez J. K. podpisem elektronicznym, do którego to pliku zamawiający miał dostęp, gdyż odwołujący udzielił zamawiającemu informacji o hasłach do plików JEDZ,
- wobec braku podstaw do wykluczenia odwołujących z postępowania i odrzucenia ich oferty, brak było podstaw do unieważnienia postępowania przez zamawiającego;

III. naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione podjęcie przez zamawiającego czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołujących w postępowaniu, podczas gdy brak uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. w terminie wyznaczonym przez zamawiającego nastąpił z przyczyn niezawinionych przez odwołujących i z przyczyn nieleżących po stronie odwołujących. Odwołujący niezwłocznie po zorientowaniu się o nedoręczeniu wiadomości z pełnomocnictwem ponownie przesłali - skutecznie- żądane pełnomocnictwo, umocowanie A. K. do złożenia oferty w imieniu spółki cywilnej wynikało z przepisów kodeksu cywilnego oraz z oświadczenia woli J. K. złożonego w pliku JEDZ, brak było zatem podstaw do zatrzymania wadium odwołujących przez zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniesli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołujących,
3. unieważnienie czynności wykluczenia oferty odwołujących,
4. powtórzenie przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert,

5. wybór oferty odwołujących jako najkorzystniejszej,
6. unieważnienie czynności zatrzymania przez zamawiającego wadium wniesionego przez odwołujących.

Odwołujący wnieśli o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów poniesionego wpisu od odwołania oraz kosztów reprezentowania odwołujących przez profesjonalnego pełnomocnika.

Odwołujący podnieśli, że są uprawnieni do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy P.z.p., bowiem mają interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, które jest objęte niniejszym odwołaniem oraz ponieśli szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wnieśli bowiem ofertę w toku postępowania o udzielenie przez zamawiającego zamówienia publicznego pn. Sprzątanie pomieszczeń i placów zlokalizowanych na terenie obiektów MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu, postępowanie nr Z3/3789. Zgodnie natomiast z treścią informacji z otwarcia ofert z dnia 25.04.2019 r. oferta złożona przez odwołujących była jedyną, która spełniała wymagania zamawiającego w przedmiocie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia publicznego i – gdyby zamawiający w dalszym toku postępowania nie uchybił przepisom ustawy P.z.p. – zostałaaby wybrana ofertą najkorzystniejszą i odwołujący zawarliby umowę na realizację zamówienia publicznego.

Odwołujący podnieśli, że postępowanie prowadzone było przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Komunikacja pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami odbywała się przy użyciu Platformy Przetargowej MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu. W pkt. 11.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), część I- Instrukcja dla Wykonawców, wskazano, że jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wezwie do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W s.i.w.z. nie wskazano sankcji, jaką zamawiający przewidywałby za niedotrzymanie terminu na złożenie pełnomocnictwa. W pkt. 11.8. Instrukcji wskazano, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy P.z.p. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego (np. konsorcjum, spółka cywilna) ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (w takim przypadku do oferty należy załączyć pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). W pkt. 11.10. Instrukcji wskazano, że dokumenty i oświadczenia, o których mowa powyżej składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za

zgodność z oryginałem, przy czym poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W przypadku pełnomocnictwa wymaga się oryginału (w postaci elektronicznej) lub kopii poświadczonych notarialnie za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

W przedmiocie wadium w Części I s.i.w.z. zawarto zapis, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy P.z.p., z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 oświadczenia, o którym mowa w ust. 25 a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. W części 19.2. Instrukcji zamawiający wskazał, że poinformuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o(...) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, (...)- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący złożyli ofertę w formie:

- formularza ofertowego, zgodnie z s.i.w.z., podpisanego podpisem elektronicznym przez współnika spółki cywilnej – A. K.,
- Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) - podpisanego podpisem elektronicznym przez współnika J. K.,
- Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) - podpisanego podpisem elektronicznym przez współnika A. K.,
- wymaganych przez s.i.w.z. oświadczeń wykonawców, osobno do każdego z współników spółki cywilnej – J. K., podpisane przez J. K. oraz A. K., podpisane przez A. K.

Do oferty złożonej przez odwołujących przedłożono pełnomocnictwo z dnia 24.04.2019 r., w formie skanu z podpisem własnoręcznym J. K.

W plikach JEDZ, podpisanych zarówno przez współnika A. K., jak i przez współnika J. K., wskazano, że osobą wyznaczoną do kontaktów jest Pan A. K.. W dziale B- INFORMACJE NA TEMAT PRZEDSTAWICIELI WYKONAWCY, wskazano że osobą upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy jest Pan A. K.. Oświadczenia te (zawarte w formularzu JEDZ) zostały złożone i podpisane zarówno przez Panią J. K., jak i przez Pana A. K., a zatem przez obu współników wykonawcy- MDA Spółka cywilna.

W wyniku otwarcia ofert w dniu 25 kwietnia 2019 r. oferta odwołujących uznana została za najkorzystniejszą. Z informacji o otwarciu ofert wynika również niewątpliwie, że oferta

odwołujących była jedną ofertą mieszczącą się w kwocie, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W dalszym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wezwał odwołujących:

- pismem z dnia 22.05.2019 r., l.dz. 7/2019 o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu, w terminie do dnia 31.05.2019 r. w oryginale w postaci elektronicznej (opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym) wraz z informacją, że oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub złożone wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

- pismem z dnia 22.05.2019 r., l.dz. 6/2019 do złożenia pełnomocnictwa lub dokumentu potwierdzającego umocowanie dla Pana A. K., do reprezentowania Pani J. K., współnika spółki cywilnej działającej pod nazwą MDA Spółka cywilna, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz podpisania i złożenia, w przedmiotowym postępowaniu, w imieniu i na rzecz wykonawcy: A. K. i J. K.- współników spółki cywilnej działającej pod nazwą MDA- Spółka cywilna, oferty z dnia 25.04.2019 r., w terminie do dnia 29.05.2019 r. W wezwaniu nie wyznaczono żadnego rygoru odnośnie przekroczenia wyznaczonego terminu, w tym rygoru wykluczenia wykonawcy z postępowania bądź odrzucenia oferty.

Oba wezwania zostały doręczone na skrzynkę elektroniczną wykonawcy - andrzej@fleshcar.pl. w dniu 22 maja 2019 r. o godzinie 15:27. W dacie 29 maja 2019 r. o godzinie 13:46 A. K., działający w imieniu Wykonawcy, wysłał do przedstawiciela Zamawiającego- A. R., wiadomość e-mail o treści:

„Dzień dobry, w załączeniu upoważnienie opatrzone podpisem elektronicznym. W dniu jutrzejszym doślę wyjaśnienia. Z poważaniem, A. K.”.

Do wiadomości e-mail załączono pełnomocnictwo z dnia 24 kwietnia 2019 r., zgodnie z wezwaniem z dnia 22 maja 2019 r., we wskazanej przez zamawiającego formie. Z przyczyn niezależnych od wykonawcy, powyższy e-mail nie został doręczony zamawiającemu w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Domena odwołujących, z którego została wysłana wiadomość elektroniczna, uznana została przez serwer zamawiającego za mającą „niską reputację” i ze względów bezpieczeństwa wiadomość z tej domeny została automatycznie odrzucona przez serwer zamawiającego. Informacja o niemożliwości doręczenia wiadomości została przesłana przez serwer na skrzynkę mailową odwołujących „SPAM”, nie na skrzynkę główną odbiorczą wykonawcy. Wykonawca zatem nie miał możliwości niezwłocznego dowiedzenia się, że wiadomość nie została doręczona. O braku doręczenia wiadomości odwołujący dowiedzieli się w dniu 30 maja 2019 r. (kiedy to

zweryfikowano zaistniały problem techniczny, niezależny od odwołujących) i wówczas to niezwłocznie przesłał ponownie pełnomocnictwo za pomocą adresu mailowego - darkand@o2.pl oraz przesłał do zamawiającego pismo z wyjaśnieniem zaistniałej sytuacji oraz prośbą o potwierdzenie, że termin dostawienia brakujących dokumentów został dotrzymany.

Odwołujący podnieśli, że na etapie przygotowywania odwołania odwołujący zwrócili się z prośbą o wyjaśnienie, z jakich przyczyn technicznych mail z pełnomocnictwem nie dotarł do zamawiającego i otrzymali następujące stanowisko informatyka: „W okolicach końca maja skrzynka mailowa nie funkcjonowała poprawnie, co stwierdzono 3 czerwca przeprowadzając testy wysyłki (m.in. andrzej@fleshcar.pl - > w.-r.@o2.pl). Maile nie docierały do adresatów wybiórczo. Użytkownik skrzynki mailowej andrzej@fleshcar.pl w systemie webmail nie dostawał żadnych informacji ze strony interfejsu bądź wiadomości mailowych mówiących o niedostarczeniu maili.

Według moich informacji, po analizie raportów dostarczania maili problem wystąpił z powodu odrzucenia dostępu do wybranych domen z powodu złej reputacji adresu IP powiązanego z usługami mailowymi.

„SMTP error from remote mail server after initial connection: 554- mail. mpk. wroc.o\n554 Your access to this mail system has been rejected due to the sending MTA's poor reputation. If you believe that this failure is in error, please contact the intended recipient via alternate means.”

Kolejne problemy z dostarczeniem były następstwem wyżej wymienionego błędu. Maile opatrzone wielokrotnymi komunikatami: „retry time not reached for any host for 1mpk.wroc.pr nie trafiały do adresata pomimo adnotacji w raporcie o jego dostarczeniu. ”

Jednocześnie pismem z dnia 30.05.2019 r. odwołujący, w wypełnieniu wezwania zamawiającego, złożyli wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny złożonej oferty.

Wobec braku odpowiedzi zamawiającego na pismo odwołujących z dnia 30 maja 2019 r. i braku potwierdzenia przez zamawiającego, że pełnomocnictwo dotarło oraz że termin do jego przedłożenia został zachowany, odwołujący złożyli zamawiającemu, w dniu 13 czerwca, obszernie stanowisko, z przywołaniem podstaw faktycznych i prawnych przemawiających za uznaniem oferty odwołujących za ważną i niepodlegającą wykluczeniu, a także ze stanowiskiem uzasadniającym- ewentualnie- zwrot wadium na rzecz odwołujących. Pismo to zostało wystosowane z ostrożności oraz w celu zachowania należytej staranności przez odwołujących, który w przeciągu 13 dni nie otrzymali od zamawiającego żadnej informacji, na jakim etapie obecnie znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia oraz czy termin do przedłożenia pełnomocnictwa został uznany za zachowany. Na pismo z dnia 13 czerwca 2019 r. odwołujący się nie otrzymał odpowiedzi od zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że w dacie 7 czerwca 2019 r. odwołujący się telefonicznie skontaktował się z pracownikiem zamawiającego – Panią A. R. i w rozmowie tej poinformował, że stosowne pełnomocnictwo od Pani J. K., do którego przedłożenia wzywał odwołującego zamawiający, zawarte jest w pliku JEDZ J. K.. Następnie w tej samej dacie- w dniu 7 czerwca 2019 r. odwołujący odebrał telefon od Pani A. R. - pracownika zamawiającego, iż zamawiający nie może otworzyć plików JEDZ, gdyż te opatrzone są hasłem. A. K. telefonicznie podał wówczas Pani A. R. hasła do plików, a następnie hasła te ponownie podał w piśmie skierowanym do Zamawiającego w dniu 18 czerwca 2019 r. W korespondencji mailowej z dnia 18 czerwca 2019 r. odwołujący powołał się na przeprowadzoną rozmowę telefoniczną i wskazał, że oczekuje potwierdzenia, iż hasła do plików JEDZ dotarły do zamawiającego. Odwołujący nie otrzymał od zamawiającego odpowiedzi.

W dniu 19 czerwca 2019 roku odwołujący otrzymali od zamawiającego dwie informacje- o unieważnieniu postępowania oraz o zatrzymaniu wadium.

Odwołujący podnieśli, że w informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający wskazał, że oferta MDA Spółka cywilna „podlega odrzuceniu” - nie wskazując jakiegokolwiek podstawy faktycznej i prawnej takiej decyzji. W uzasadnieniu unieważnienia postępowania zamawiający wskazali, że: w związku z tym, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zamawiający unieważnia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP” Informacja o unieważnieniu postępowania została podana na stronie internetowej zamawiającego. W zawiadomieniu o zatrzymaniu wadium w uzasadnieniu decyzji zamawiającego wskazano, że: „w przedmiotowym postępowaniu, za wykonawcę A. i J. K.-wspólników spółki cywilnej działającej pod nazwą MDA- Spółka cywilna, ofertę w postaci elektronicznej sporządził, złożył i opatrzył kwalifikowanym podpisem elektronicznym jeden ze wspólników spółki cywilnej, tj. Pan A. K.. Do 1 oferty dołączona została jedynie kopia (skan) pełnomocnictwa od Pani J. K. dla Pana A. K. (pełnomocnictwo to nie zostało sporządzone w postaci elektronicznej ani nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym). W związku z powyższym zamawiający w dniu 22.05.2019 r. wezwał odwołujących do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust 3 a ustawy P.z.p. Zgodnie z wezwaniem uzupełnienie powinno nastąpić do dnia 29.05.2019 r. Wykonawca nie uzupełnił pełnomocnictwa w wymaganej formie i wyznaczonym w wezwaniu terminie (...)Kierując się stanowiskiem SN dot. sposobu złożenia , oświadczeń woli w postaci elektronicznej, a także biorąc pod uwagę fakt, że mail, którego Wykonawca wysłał do Zamawiającego w dniu 29 maja 2019 r. nie został do Zamawiającego dostarczony, ponieważ serwer Zamawiającego nie przyjął wiadomości z domeny Wykonawcy. o czym Wykonawca został poinformowany automatyczną odpowiedzią w dniu 29 maja 2019 r. o godzinie 13:47, należy uznać, że

Wykonawca został poinformowany automatyczną odpowiedzią w dniu 29 maja . 2019 r. o godzinie 13:47, należy uznać że Wykonawca nie uzupełnił pełnomocnictwa w wymaganej formie i wyznaczonym w wezwaniu terminie (...) ponadto należy nadmienić, iż Wykonawca wraz z ofertą przedłożył oświadczenia w formie JEDZ dla każdego ze współników spółki cywilnej tj. Pana A. K. i Pani J. K.. W oświadczeniu tym możliwie jest wskazanie w części 2 w sekcji B osoby upoważnionej do reprezentowania Wykonawcy oraz zakresu przedstawicielstwa, jednak w.w oświadczenia złożone przez Wykonawcę zostały opatrzone hasłem, którego Wykonawca nie podał Zamawiającemu w ofercie. W związku z powyższym, Zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania oświadczenia JEDZ złożonego przez Wykonawcę pod względem przedstawicielstwa. Zamawiający nie miał również podstaw do wezwania Wykonawcy do jego uzupełnienia w związku z zastosowaniem w przedmiotowym postępowaniu procedury określonej w art. 24 aa ustawy pzp”

Odwołujący wskazali, że wiadomość o braku doręczenia maila z pełnomocnictwem otrzymali do folderu SPAM, a informację o braku doręczeniu wiadomości powzięli w dniu 30 maja 2019 r. Niedoręczenie wiadomości e-mail nastąpiło z powodów leżących po stronie zamawiającego i nie nastąpiło z winy odwołujących. Dodatkowo odwołujący wskazali, że podali zamawiającemu 1 hasła do plików JEDZ jeszcze przed podjęciem przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania - w pliku tekstowym oraz wcześniej w rozmowie 1 telefonicznej z przedstawicielem Zamawiającego (w dniu 7 czerwca 2019 r.).

Odwołujący stwierdzili, że w dalszej części uzasadnienia zawiadomienia o zatrzymaniu wadium zamawiający podał, że: „Mając na uwadze powyższe Zamawiający w pierwszej kolejności przystąpił do oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust 1 ustawy Pzp), w związku z czym wezwał Wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust 3 a, ponieważ wyłącznie w odniesieniu Wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej) dokonuje się oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne w formie JEDZ. Tym samym należy stwierdzić, że Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 a nie złożył pełnomocnictwa, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

W dniu 24 czerwca 2019 r. odwołujący ponownie wystosowali do zamawiającego pismo, w którym domagali się odpowiedzi na pisemne stanowisko przedstawione przez odwołujących w piśmie z dnia 13 czerwca 2019 r. Nie otrzymali odpowiedzi od zamawiającego.

Odwołujący podnieśli, że zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim z mocy art. 92 ust. 1 pkt. 2, 3 i 7 ustawy P.z.p. obowiązku informacyjnego w przedmiocie poinformowania niezwłocznie wszystkich wykonawców o: wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, unieważnieniu postępowania z podaniem uzasadnienia prawnego i faktycznego. Jako poinformowania odwołujących o odrzuceniu jego oferty nie można w żadnym razie traktować cytowanego powyżej zawiadomienia o zatrzymaniu wadium, a to z następujących powodów:

1. Zawiadomienie zostało skierowane jedynie do odwołujących, natomiast informacja o odrzuceniu oferty winna być skierowana do wszystkich wykonawców - z treści zawiadomienia nie wynika, aby zostało ono przesłane pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu,
2. Pismo zamawiającego nosiło tytuł „Zawiadomienie o zatrzymaniu wadium”, a zatem nie można go traktować jako informacji o odrzuceniu oferty,
3. Z treści zawiadomienia nie wynika, że zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołujących. W żadnej części uzasadnienia nie ma kategorycznego stwierdzenia, że oferta wykonawcy została odrzucona, brak jest również uzasadnienia prawnego i faktycznego dla odrzucenia oferty odwołujących.

Wobec powyższego w pełni zasadny jest zarzut odwołujących naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez zamawiającego wypełnienia ciążącego na nim obowiązku informacyjnego wynikającego z ww. normy prawnej i brak niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców, w tym odwołujących o :

- wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym wykluczenia,
- wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym odrzucenia oferty,
- unieważnieniu postępowania, wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym unieważnienia postępowania,

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady przejrzystości postępowania, albowiem uniemożliwiło wykonawcom, w tym odwołującym, powzięcia wiadomości o powodach odrzucenia jego oferty z postępowania oraz podstawach prawnych i faktycznych takiej czynności zamawiającego, brak wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania nie pozwolił natomiast na powzięcie przez odwołujących wyraźnej wiadomości w przedmiocie powodów unieważnienia postępowania, a w konsekwencji podjęcia decyzji co do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianej w art. 179 ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3a w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. oraz art. 60 i art. 866 ustawy Kodeks cywilny poprzez nieuprawnione wykluczenie odwołujących jako wykonawcy z postępowania i stwierdzenie, że odwołujący nie spełniali warunków udziału w postępowaniu wobec nieprzedstawienia pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu drugiego wspólnika spółki cywilnej, a w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty odwołujących i unieważnienie postępowania, podczas gdy:

- oferta odwołujących, podpisana podpisem elektronicznym przez wspólnika spółki cywilnej- A. K., była ważna i nie podlegała odrzuceniu, albowiem zgodnie z art. 866 K.c. każdy ze wspólników spółki cywilnej był uprawniony do jej jednoosobowej reprezentacji, umocowanie A. K. wynika również z treści umowy spółki,
- brak było podstaw do wykluczenia odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty,
- art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. nie przewiduje sankcji za niedotrzymanie terminu przedłożenia pełnomocnictwa w postaci wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty, a dokonanie takiej czynności na podstawie tego przepisu uznać należy za niezasadne,
- wykonawca niezwłocznie po uzyskaniu informacji o nedoręczeniu pełnomocnictwa, ponownie je przedłożył - skutecznie, a nedoręczenie pełnomocnictwa w terminie nastąpiło bez jego winy i z przyczyny leżącej po stronie zamawiającego,
- pełnomocnictwo do złożenia oferty w imieniu spółki przez A. K., jako oświadczenie woli wspólnika w rozumieniu art. 60 K.c. zostało złożone w pliku JEDZ, podpisanym przez J. K. podpisem elektronicznym, do którego to pliku zamawiający miał dostęp, gdyż odwołujący udzielili zamawiającemu informacji o hasłach do plików JEDZ,
- wobec braku podstaw do wykluczenia odwołujących z postępowania i odrzucenia jego oferty, brak było podstaw do unieważnienia postępowania przez zamawiającego.

Odwołujący podnieśli, że w uwagi na fakt, iż zamawiający nie poinformował odwołujących o ich wykluczeniu, o odrzuceniu ich oferty oraz nie uzasadnił w sposób faktyczny i prawny podjętych czynności, a także uzasadnił w sposób niewystarczający i niepełny czynność unieważnienia postępowania, odwołujący mogą jedynie domniemywać, jakie powody - w ocenie odwołujących niesłuszne- stanęły za czynnością zamawiającego o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty odwołujących. Domniemania te odwołujący opierają na treści zawiadomienia o zatrzymaniu wadium- jednak jednocześnie podkreślając, że w żadnej mierze nie uznają tego dokumentu za dokument, z którego można wywieść, iż zamawiający poinformował odwołujących o odrzuceniu ich oferty. Z uwagi na konieczność

powołania w odwołaniu wszystkich zarzutów i okoliczności faktycznych w sprawie pod rygorem nierozpoznania później zgłoszonych przez Krajową Izbę Odwoławczą, odwołujący formułują opisany powyżej zarzut.

Uzasadniając szerzej powyższy zarzut, poza okolicznościami faktycznymi podanymi w treści zarzutu oraz w opisie stanu faktycznego w sprawie, odwołujący wskazali, iż odwołujący i zamawiający współpracują ze sobą od dwóch lat na obiekcie, którego dotyczy udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zamawiający dysponuje także umową spółki cywilnej MDA, która stanowi między innymi, że:

„ §4 Celem spółki jest prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na: 81.29.Z. Pozostałe sprzątanie

8.21.Z. Niespecjalistyczne sprzątanie budynków i obiektów przemysłowych 45.20.Z. Konserwacja i naprawa pojazdów samochodowych"

„ § 7 1. Każdy Wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki. 2. Każdy Wspólnik może bez uprzedniej uchwały Wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności zarządu spółki(...) 4. Każdy Wspólnik uprawniony jest do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich uprawniony jest do prowadzenia jej spraw”

Odwołujący stwierdzili, że umocowanie do reprezentowania wykonawcy - spółki cywilnej przez Pana A. K., wynika już bezpośrednio z przepisów kodeksu cywilnego oraz z umowy spółki cywilnej. Artykuł 866 kodeksu cywilnego stanowi, że: w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Zgodnie z umową spółki, brak jest ograniczeń prawa do reprezentacji dla jakiegokolwiek ze wspólników. Czynność złożenia oferty w postępowaniu przetargowym, gdzie przedmiotem przetargu jest sprzątanie pomieszczeń i placów, uznać należy za czynność z zakresu zwykłego zarządu spółki, której celem gospodarczym jest prowadzenie działalności m.in. z zakresu właśnie sprzątania budynków i obiektów przemysłowych. Wobec powyższego uznać należy, że złożona w toku postępowania przetargowego oferta jest ważna. Złożenie oferty przetargowej (jako oświadczenia woli) jest czynnością zwykłego zarządu w przypadku spółki cywilnej i nie wymaga uchwały wspólników. Oferta może zostać zatem skutecznie podpisana wyłącznie przez jednego ze wspólników - tak jak w niniejszym przypadku. Przyjęcie przez zamawiającego odmiennego stanowiska stanowiło naruszenie art. 60 i art. 866 ustawy Kodeks cywilny.

Odwołujący wskazali, że w przypadku składania oferty w zamówieniach publicznych przez spółkę cywilną, pod uwagę należy wziąć art. 23 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym

wykonawcy występujący wspólnie ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednak zgodnie z przyjętym orzecznictwem fakt udzielenia pełnomocnictwa nie musi wynikać z dokumentu o nazwie „pełnomocnictwo”, może ono być zawarte również w innym dokumencie, np. w umowie spółki lub też w uchwale wspólników. Fakt udzielenia pełnomocnictwa nie musi wynikać z dokumentu o nazwie pełnomocnictwo. Takie umocowanie może być zawarte również w innym dokumencie. (vide: wyrok KIO z 29.09.2010r. KIO 2012/10.) W opinii Urzędu Zamówień Publicznych, umowa spółki cywilnej, wskazująca jednego ze wspólników jako umocowanego do reprezentacji, może być uznana za udzielenie pełnomocnictwa spełniającego wymagania art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego stwierdzić należy, że nawet gdyby uznać, że odwołujący nie złożyli pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu drugiego wspólnika spółki cywilnej MDA - to oferta ta jest ważna, została złożona prawidłowo i nie podlega odrzuceniu. W tym kontekście należy zauważyć, że Pani J. K. wyraziła swoją wolę udzielenia A. K. pełnomocnictwa, również poprzez złożenie i podpisanie swoim podpisem formularza JEDZ, gdzie wyraźnie wskazano, że osobą upoważnioną do reprezentowania odwołujących jest Pan A. K.- wobec powyższego należy stwierdzić, że umocowanie Pana A. K. do złożenia oferty w imieniu MDA Spółka cywilna zostało wykazane w sposób prawidłowy. Takie stanowisko podzielił również zamawiający (poza tym, że wskazał, iż nie mógł uzyskać dostępu do pliku JEDZ z uwagi na brak hasła), który w uzasadnieniu zawiadomienia o zatrzymaniu wadium wskazał, że: ponadto należy nadmienić, iż Wykonawca wraz z ofertą przedłożył oświadczenia w formie JEDZ dla każdego ze wspólników spółki cywilnej tj. Pana A. K. i Pani J. K. W oświadczeniu tym możliwe jest wskazanie w części 2 w sekcji B osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawcy oraz zakresu przedstawicielstwa, jednak ww. oświadczenia złożone przez Wykonawcę zostały opatrzone hasłem, którego wykonawca nie podał zamawiającemu w ofercie. Jako że dokumenty przedłożone jako dowody w niniejszym postępowaniu wskazują, iż odwołujący udostępnili zamawiającemu hasła do plików JEDZ- w dacie 7 czerwca 2019 r., zatem przed podjęciem przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania- wskazać należy, że umocowanie Pana A. K. do złożenia oferty w imieniu spółki cywilnej zostało przez odwołujących wykazane w dostateczny sposób i brak było podstaw do odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazali również, że jak podnosi się w doktrynie prawniczej: Wykonawca zwolniony jest z obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub brak podstaw wykluczenia, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów

publicznych w rozumieniu ustawy z 17.2.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 700 ze zm.). (...) W celu ograniczenia negatywnych konsekwencji tego zapisu dla zamawiających, nałożono na wykonawców obowiązek wskazania nazwy postępowania, w którym uprzednio wykonawca składał dokumenty, które zamawiający powinien obecnie samodzielnie pozyskać, bądź innych informacji identyfikujących te dokumenty w sposób pozwalający zamawiającemu na ich pozyskanie. (vide: Komentarz do art. 26 PZP, red. Jaworska, wyd. 8 z 2019 r., Legalis). W tym kontekście należy wskazać, że odwołujący oraz zamawiający współpracują ze sobą w zakresie objętym niniejszym postępowaniem przetargowym od dwóch lat. Zamawiający dysponuje umową spółki cywilnej MDA Spółka cywilna, z której wynika wprost umocowanie A. K. do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Brak przedłożenia przez odwołujących pełnomocnictwa od Pani J.K. w wyznaczonym przez zamawiającego terminie (które to pełnomocnictwo zostało dostarczone już dnia następnego, a uchybienie terminowi nie wyniknęło z winy odwołujących) nie mogło zatem wywołać skutku w postaci wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty.

Odwołujący przywołali wyrok KIO z 4.7.2013 r. (KIO 1505/13, Legalis): Wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego, jednak ustawa nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ww. ustawy przez wykonawcę. W takim przypadku zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny tak złożonego dokumentu. W niniejszej sprawie wraz z pismem z dnia 30 maja 2019 r. odwołujący ponownie przedłożyli żądane przez zamawiającego pełnomocnictwo. W dacie 7 czerwca 2019 r. odwołujący telefonicznie przekazali pracownikowi zamawiającego hasła do plików JEDZ, a następnie w wiadomości mailowej oraz w piśmie z dnia 18 czerwca 2019 r. wskazali zamawiającemu hasła do plików JEDZ. Powoływanie się zatem przez zamawiającego na fakt, iż nie otrzymał haseł i w związku z tym nie mógł zweryfikować oświadczeń złożonych w JEDZ, jest niezasadne.

Jednocześnie odwołujący podnieśli, że treść art. 26 ust. 3 a ustawy P.z.p., nie określa wprost sankcji za "nieprzedłożenie pełnomocnictwa w terminie wyznaczonym przez zamawiającego" w postaci odrzucenia oferty bądź wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. W niniejszej sprawie tym bardziej taka okoliczność faktyczna nie powinna doprowadzić do czynności w postaci wykluczenia odwołujących z postępowania bądź odrzucenia ich oferty, gdyż umocowanie A. K. do złożenia oferty wynikało z mocy prawa, z umowy spółki oraz z oświadczenia woli drugiego współnika spółki cywilnej, złożonego zamawiającemu w pliku JEDZ. Odwołujący podnieśli również, że w dniu 30 maja 2019 r. przedłożył żądane pełnomocnictwo. Nawet jeśli obiektywnie przyjąć, że po stronie

zamawiającego nie doszło do skutecznego doręczenia pełnomocnictwa, to jednak zostało one doręczone przez odwołujących powtórnie, niezwłocznie po tym jak odwołujący powzięli wiedzę o zaistniałym problemie. Odwołujący podkreślili, że jeśli intencją ustawodawcy byłoby uzależnienie skutku dla wykonawcy od terminu wynikającego wprost w ustawie lub ustawowo terminu ustalonego przez zamawiającego, to takie wyraźne uregulowanie znalazłoby się w art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej, nawet nieprzedłożenie przez spółkę cywilną pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy P.z.p., nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 2011-03-17, KIO 462/11: Bezsporne jest także, że w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca nałożył na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu i niewyznaczenie pełnomocnika jest uchybieniem temu obowiązkowi. Celem wprowadzenia tego wymogu jest niewątpliwie ustalenie i ułatwienie zamawiającym przekazywania i otrzymywania oświadczeń i zawiadomień do i od jednego pełnomocnika, a nie każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Natomiast biorąc pod uwagę całokształt przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz prawa cywilnego, należy stwierdzić, że przepis ten nie przewiduje sankcji w przypadku niewypełnienia tego obowiązku, a już w szczególności w postaci wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub odrzucenia ich oferty. Należy też zwrócić uwagę, że wyznaczenie pełnomocnika nie musi wiązać się ze złożeniem oferty, ale również wcześniejszym etapem postępowania, np. złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub prowadzeniem negocjacji, trudno więc bezpośrednio wiązać wyznaczenie pełnomocnika z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych z przesłankami odrzucenia oferty; do których odnosi się art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (choćby rzeczywiście takie poglądy pojawiały się po wprowadzeniu ustawy w 2004 r.). Wobec powyższego odrzucenie oferty na takiej podstawie faktycznej przez Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3a w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 i ust. 4 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucili również zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione podjęcie przez zamawiającego czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołujących w postępowaniu, podczas gdy brak uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 a ustawy P.z.p. w terminie wyznaczonym przez zamawiającego nastąpił z przyczyn niezawinionych przez odwołujących i z przyczyn nieależących po stronie odwołujących, odwołujący niezwłocznie po zorientowaniu się o niedoręczeniu wiadomości z pełnomocnictwem ponownie przesłali - skutecznie- żądane

pełnomocnictwo, umocowanie A. K. do złożenia oferty w imieniu spółki cywilnej wynikało z przepisów kodeksu cywilnego oraz z oświadczenia woli J. K. złożonego w pliku JEDZ, brak było zatem podstaw do zatrzymania wadium odwołujących się przez zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 lipca 2019 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od odwołujących kosztów postępowania odwoławczego na rzecz zamawiającego.

Zamawiający oświadczył, że wszystkie sformułowane w odwołaniu zarzuty są bezzasadne wobec przedstawionej poniżej szczegółowej argumentacji zamawiającego:

1) w odniesieniu do stawianego zarzutu naruszenia ustawy P.z.p. w postaci art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p. (zarzut nr I), w postaci zaniechania przez zamawiającego wypełnienia ciążącego na nim obowiązku informacyjnego wynikającego z ww. normy prawnej i brak niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców, w tym odwołujących w zakresie określonym w art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający poinformował, że w dniu 19.06.2019 r. przestał uczestnikom postępowania, tj. wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, informację o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania, zawierającą informacje o:

- a) wyborze najkorzystniejszej oferty — z dopiskiem „nie dotyczy”
- b) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni — z dopiskiem „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykluczył żadnego Wykonawcy”
- c) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia ofert — podając uzasadnienie faktyczne i prawne
- d) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu z dopiskiem „nie dotyczy”
- e) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów — z dopiskiem „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział ustanowienia dynamicznego systemu zakupów”
- f) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów z dopiskiem „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział ustanowienia dynamicznego systemu zakupów”
- g) unieważnieniu postępowania podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Informacja ta została przesłana uczestnikom postępowania za pomocą poczty elektronicznej, na adresy wskazane w treści formularza ofertowego złożonych w postępowaniu ofert.

Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 2 ustawy P.z.p., na stronie internetowej zamawiającego, na której zamieszczona została s.i.w.z. oraz dokumentacja postępowania, zamawiający w dniu 19.06.2019 r. zamieścił informację o unieważnieniu postępowania (sygn. pisma NU.241/pn9_2019/AR, l.dz. 13/2019), zawierającą informacje o:

- a) wyborze najkorzystniejszej oferty — z dopiskiem „nie dotyczy”
- b) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów — z dopiskiem „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział ustanowienia dynamicznego systemu zakupów”
- c) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów — z dopiskiem „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział ustanowienia dynamicznego systemu zakupów”
- d) unieważnieniu postępowania podając uzasadnienie faktyczne prawne

Jednocześnie, w odniesieniu do sformułowanego zarzut odwołujących o braku niezwłocznego poinformowania wykonawców, w tym odwołujących, w zakresie podniesionego zarzutu, zamawiający informuje, że Rekomendacja Komisji Przetargowej, stanowiąca dokument wewnętrzny, została przedłożona do akceptacji (pracownika zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności) w dniu 19.06.2019 r., tj. w dniu przekazania uczestnikom postępowania informacji dotyczących odrzucenia oferty odwołujących i unieważnienia postępowania oraz opublikowania na stronie internetowej zamawiającego informacji o unieważnieniu postępowania.

2) w odniesieniu do stawianego zarzutu, naruszenia ustawy P.z.p., w postaci art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 26 ust. 3 a ustawy Pzp, w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 i ust. 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp oraz art. 60 i art. 866 ustawy Kodeks cywilny (zarzut nr II), poprzez nieuprawnione wykluczenie odwołujących, jako wykonawcy, z postępowania i stwierdzenie, że odwołujący nie spełnili warunków udziału w postępowaniu wobec nieprzedstawienia pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu drugiego wspólnika spółki cywilnej, a w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty odwołujących i unieważnienie postępowania, zamawiający poinformował, że w przedmiotowym postępowaniu nie wykluczył żadnego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z treścią informacji, przestanej wykonawcom na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p., jak i informacji upublicznionej na stronie internetowej zamawiającego, wypełniającej dyspozycję art. 92 ust. 2 ustawy P.z.p., zamawiający ofertę odwołujących odrzucił, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., w związku z art. 99 § 1 ustawy Kodeks cywilny w związku z faktem, że odwołujący nie odpowiedzieli na wezwanie, wysłane przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust 3a ustawy P.z.p. i nie złożyli pełnomocnictwa, w wymaganej formie, w zakresie posiadania umocowania do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią s.i.w.z., tj. pkt 4.3. Instrukcji dla Wykonawców (IDW), zamawiający przewidział zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu przepisu art. 24aa ustawy P.z.p..

Wobec powyższego, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zgodnie z zastosowaną „procedurą odwróconą”, w pierwszej kolejności przystąpił do badania ofert pod kątem wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty. Wskutek czego wystosował wezwanie do odwołujących do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., oraz wezwał wykonawców w tym odwołujących do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p.

W związku z tym, że odwołujący nie uzupełnili pełnomocnictwa we wskazanej formie i wyznaczonym terminie, zamawiający stosując przepisy art 24 aa nie był zobowiązany, a wręcz nie miał podstaw do podmiotowej oceny odwołujących, tj. do oceny czy odwołujący spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlegają wykluczeniu. Aby zamawiający mógł przeprowadzić podmiotową ocenę odwołujący konieczna byłaby rezygnacja z zastosowania procedury określonej w art 24aa ustawy P.z.p., co zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r. (sygn. KIO 643/17) jest możliwe i dopuszczone jedynie przed terminem składania ofert i musiałyby być jednoznacznie przedstawione podmiotom chcącym ubiegać się o zamówienie; niedopuszczalna jest bowiem dorozumiana rezygnacja z procedury "odwróconej" jak również rezygnacja z tej procedury po terminie składania ofert.

Ponadto, w odniesieniu do upoważnienia wspólnika spółki cywilnej do składania oświadczeń woli w imieniu spółki, zamawiający, zgodnie z treścią art. 23 ustawy P.z.p., w treści s.i.w.z., tj. pkt 11.8 ppkt 1 IDW, wskazał „Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego (np. konsorcjum, spółka cywilna) ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (w takim przypadku do oferty należy załączyć pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich

Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia)". Jednocześnie w pkt. 11.10 IDW zamawiający wskazał, że w przypadku pełnomocnictwa wymaga się oryginału (w postaci elektronicznej) lub kopii poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p.). Przy czym oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ustawy P.z.p., w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z treścią art. 99 § 1 ustawy Kodeks cywilny, jeżeli do ważności czynności prawnej jest potrzebna szczególna forma, pełnomocnictwo do jej dokonania powinno być udzielone w tej samej formie.

W związku z powyższym i zgodnie z zapisami s.i.w.z. pełnomocnictwo powinno zostać przedłożone jako oryginał w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, przy czym potwierdzenie za zgodność z oryginałem odbywa się wówczas za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego notariusza.

Odwołujący się do złożonej w dniu 25.04.2019 r. oferty dołączył kopię pełnomocnictwa nieopatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym, dla A. K. do reprezentowania J. K., współnika spółki cywilnej działającej pod firmą MIDA - Spółka Cywilna A. K. J. K.

W związku z powyższym, zamawiający, na podstawie art 26 ust. 3a ustawy P.z.p., w dniu 22.05.2019 r. wezwał odwołujących do uzupełnienia pełnomocnictwa w wymaganej formie. Zgodnie z wezwaniem uzupełnienie pełnomocnictwa powinno nastąpić do dnia 29.05.2019 r.

Wykonawca nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i nie uzupełnił wymaganego pełnomocnictwa, jak i nie przysłał zamawiającemu żadnej informacji w tym zakresie w wyznaczonym w wezwaniu terminie.

Odnosząc się do wskazanego w odwołaniu stanowiska odwołującego się, że art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. nie przewiduje sankcji za niedotrzymanie terminu przedłożenia pełnomocnictwa w postaci wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty zamawiający poinformował, iż konsekwencje nieprzedłożenia wymaganego pełnomocnictwa przewidziane są w art 89 ust. 1 ustawy P.z.p., a odnosząc się do art 26 ust. 3a ustawy P.z.p., należy mieć

na uwadze fakt, iż jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, ukształtowanego na tle poprzedniego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. (obejmującego możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa, która w obecnym stanie prawnym unormowana jest w art 26 ust. 3a ustawy P.z.p.), przyjmuje się jednorazowy charakter wezwania do uzupełnienia oznaczonego braku określonego dokumentu, usankcjonowany normą art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., przy zachowaniu warunków, że treść wezwania jest jednoznaczna i jasna, Zignorowanie takiego wezwania przez wykonawcę, nie daje możliwości ponownego wezwania „o to samo” (Por. sygn. KIO 1583/17).

Jednocześnie odnosząc się do twierdzenia odwołujących, że umocowanie A. K. wynika również z samej treści umowy spółki, zamawiający poinformował, iż odwołujący nie załączyli do oferty ani w terminie wyznaczonym do uzupełnienia pełnomocnictwa nie przedłożyli zamawiającemu wskazanej umowy spółki. Odwołujący w uzasadnieniu do odwołania powołali się na brzmienie art. 26 ust. 6 ustawy P.z.p. mówiący o tym, że wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p., jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych, w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r., poz. 700),

W ocenie zamawiającego, umowa spółki nie może być jednak zakwalifikowana jako oświadczenie lub dokument potwierdzający okoliczności, o których mowa art, 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p., tj. jako okoliczność poświadczająca spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji oraz brak podstaw wykluczenia. Ponadto zgodnie z § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.), wykonawca powinien wskazać oświadczenia lub dokumenty, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego i z których zamawiający ma skorzystać w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jednakże w ofercie odwołujący nie wskazali zamawiającemu przedmiotowej umowy spółki jako dokumentu, o którym mowa wyżej, ani nie wskazał go również w terminie wskazanym w wezwaniu na uzupełnienie pełnomocnictwa, dokonali tego dopiero w treści odwołania,

W odpowiedzi na twierdzenie odwołujących że oferta podpisana podpisem elektronicznym przez współnika spółki cywilnej – A. K., była ważna i nie podlegała odrzuceniu, albowiem zgodnie z art. 866 ustawy Kodeks cywilny każdy ze współników spółki cywilnej był uprawniony do jej jednoosobowej reprezentacji, zamawiający poinformował, iż nie sposób

zgodzić się z taką argumentacją albowiem zgodnie z przywołanym przez odwołujących art. 866 ustawy Kodeks cywilny „W braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw.” Z kolei art. 865 § 2 ustawy Kodeks cywilny stanowi, że: „Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki. Jeżeli jednak przed zakończeniem takiej sprawy chociażby jeden z pozostałych wspólników sprzeciwi się jej prowadzeniu, potrzebna jest uchwała wspólników.

Zgodnie z przywołanymi wyżej przepisami, każdy wspólnik spółki cywilnej ma co do zasady prawo reprezentowania spółki. Odmienne postanowienia w tym zakresie może przewidywać jednak umowa spółki, w szczególności może ona powierzać prawo reprezentowania spółki jedynie niektórym wspólnikom. W przypadku spółki cywilnej przyjęto jako zasadę ustawową, o ile umowa spółki albo uchwała wspólników nie stanowi inaczej, że wspólnicy mają prawo reprezentowania spółki w takim zakresie, w jakim przysługuje im prawo prowadzenia spraw spółki. Oznacza to, że każdy wspólnik samodzielnie może reprezentować spółkę (reprezentacja indywidualna, samoistna) w czynnościach nieprzekraczających zakresu zwykłych czynności spółki oraz w czynnościach nagłych, natomiast w czynnościach przekraczających zakres zwykłych czynności reprezentować spółkę powinni wszyscy wspólnicy (reprezentacja łączna).

W ocenie zamawiającego, czynność złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, której cena brutto wynosi 1.796.760,00 zł brutto nie może zostać uznana za sprawę nieprzekraczającą zakresu zwykłych czynności spółki. Potwierdza to również fakt składania przez odwołujących pełnomocnictwa udzielonego A. K. do reprezentowania J. K., wspólnika spółki cywilnej działającej pod nazwą MDA Spółka Cywilna A. K. J. K., we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez zamawiającego, w których odwołujący brali udział w latach 2017-2018.

Odnosząc się do stanowiska odwołujących, że pełnomocnictwo do złożenia oferty w imieniu spółki przez A. K. jako oświadczenie woli wspólnika w rozumieniu art. 60 ustawy Kodeks cywilny zostało złożone w pliku JEDZ, podpisanym przez J. K. podpisem elektronicznym, do którego to pliku zamawiający miał dostęp, gdyż odwołujący udzielili zamawiającemu informacji o hasłach do plików JEDZ, zamawiający poinformował, że oświadczenia w formie JEDZ złożone w postępowaniu wraz z ofertą przez odwołujących zostały opatrzone hasłem (zaszyfrowane), co nie było wymagane przez zamawiającego w s.i.w.z. ani przepisami ustawy P.z.p. Niezależnie od powyższego hasło to nie zostało załączone do oferty ani odwołujący nie podali go zamawiającemu w wyznaczonym terminie na

uzupełnienie pełnomocnictwa. Wykonawca przekazał hasło pracownikowi Zamawiającego Pani A. R. telefonicznie w dniu 07.06.2019 r., a pisemnie w dniu 18.06.2019 r., tj. po terminie wskazanym przez Zamawiającego na uzupełnienie pełnomocnictwa.

Jednocześnie zamawiający poinformował, iż w złożonym przez odwołujących oświadczeniu w formie JEDZ w części II sekcji B J. K. — wspólnik spółki cywilnej działającej pod firmą MDA - Spółka Cywilna A. K. J. K. wskazała jedynie informację, iż osobą upoważnioną do reprezentowania jej jest A. K. nie wskazując przy tym szczegółowych informacji dotyczących przedstawicielstwa.

Zgodnie z dostępną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych Instrukcją wypełniania - Jednolity Europejski Dokument Zamówienia aktualną na dzień 14 lutego 2018 r. w części II sekcji B Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia „należy podać imiona i nazwiska oraz adresy osób upoważnionych do reprezentowania wykonawcy na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia, jak również zakres udzielonych pełnomocnictw. Użyte w formularzu określenie „przedstawicielstwo” należy rozumieć szeroko, jako przedstawicielstwo czy pełnomocnictwo w rozumieniu ustawy kodeks cywilny .W przypadku szczegółowego określenia w tej rubryce zakresu udzielonego pełnomocnictwa i złożenia w tym zakresie oświadczenia woli w treści JEDZ a także prawidłowego (zgodnie z zasadami reprezentacji) podpisania dokumentu JEDZ, nie jest konieczne tworzenie i dołączanie do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odrębnego dokumentu pełnomocnictwa. Jeżeli dane zawarte w tej pozycji mają jedynie walor informacyjny, a pełnomocnictwo zostało udzielone odrębnie, pełnomocnictwo powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” .

Ponadto, w związku z zastosowaniem procedury określonej w art. 24aa ustawy P.z.p., zamawiający nie miał podstaw do wezwania odwołujących do uzupełnienia oświadczenia w formie JEDZ, którego nie mógł odszyfrować, ponieważ w pierwszej kolejności przystąpił do oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy P.z.p.), w związku z czym, o czym już była mowa wyżej, wezwał odwołujących do uzupełnienia pełnomocnictwa, na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pz.p.,. ponieważ wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje się oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne w formie JEDZ.

Odnosząc się do twierdzeń odwołujących, że niezwłocznie po uzyskaniu informacji o niedoręczeniu pełnomocnictwa, ponownie je przedłożył — skutecznie, a niedoręczenie pełnomocnictwa w terminie nastąpiło bez jego winy i z przyczyny leżącej po stronie zamawiającego, zamawiający poinformował że odwołujący uzupełnili pełnomocnictwo w

wymaganej formie dopiero w dniu 30.05.2019 r., tj. po upływie wyznaczonego terminu. Niedoręczenie pełnomocnictwa w wymaganym terminie nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, lecz co z przyczyn leżących po stronie odwołujących.

Stanowisko to potwierdza wyjaśnienie odwołujących przesłane w dniu 30.05.2019 r., w którym wskazuje on, że problem z dostarczeniem korespondencji elektronicznej został zidentyfikowany po stronie domeny „fleshcar.pl”, a także e-mail odwołujących z dnia 31.05.2019 r. potwierdzający, że wiadomość wysłana przez odwołujących w dniu 29.05.2019 r. nie została do zamawiającego dostarczona, ponieważ serwer zamawiającego nie przyjął wiadomości z domeny odwołujących, o czym odwołujący został poinformowany automatyczną odpowiedzią w dniu 29.05.2019 r. o godzinie 13:47.

Zamawiający stwierdził, że nie ponosi odpowiedzialności za fakt wpływu wiadomości o niedostarczeniu przesłanej korespondencji odwołujących do zamawiającego na inną niż główna skrzynkę odbiorczą (w tym przypadku SPAM), ponieważ wynika to z ustawień skrzynki odbiorczej odwołujących. Co więcej, jak sami odwołujący wskazują w treści odwołania, informację o niedostarczeniu korespondencji otrzymali w dniu 29.05.2019 r. o godzinie 13:47. Należy więc uznać, że odwołujący mieli wystarczająco dużo czasu, by podjąć czynności, które w skuteczny sposób zapewniłyby dostarczenie wymaganego pełnomocnictwa zamawiającemu.

3) w odniesieniu do stawianego zarzutu naruszenia ustawy P.z.p. w postaci art. 46 ust. 4 a ustawy P.z.p. (zarzut nr III) poprzez nieuzasadnione podjęcie przez zamawiającego czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołujących w postępowaniu, zamawiający, w nawiązaniu do przedstawionego przez siebie powyżej stanowiska odnoszącego się do zarzutu nr II, poinformował, iż odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3a nie złożyli pełnomocnictwa wyłącznie z przyczyn leżących po ich stronie, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez odwołujących jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej”, co obliguje zamawiającego we wskazanym przypadku do zatrzymania wadium.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.03.2019 r. pod numerem OJ/S:2019/S 056-130415.

Przedmiotem zamówienia jest sprzątnięcie pomieszczeń i placów zlokalizowanych na terenie obiektów MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu,:

- Centrali Ruchu; Działu Przewozów oraz Działu Planowania Ruchu przy ul. Ołbińskiej we Wrocławiu, przyległymi do Zakładu Tramwajowego nr 2,
- Zakładu Autobusowego przy ulicy Obornickiej 131 we Wrocławiu,
- siedziby Zarządu przy ul. Prusa 75-79 we Wrocławiu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie art. 10 ust. 1 i art. 39, w zw. z art. 132 ust. 1 i art. 133 ust. 1 ustawy P.z.p. - zamówienie sektorowe.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.800.130,46 zł brutto.

Postępowanie prowadzone jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Komunikacja pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami odbywa się przy użyciu Platformy Przetargowej MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu.

W pkt. 11.5. s.i.w.z., część I- Instrukcja dla Wykonawców, wskazano, że jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wezwie do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W pkt. 11.8. Instrukcji wskazano, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy P.z.p. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego (np. konsorcjum, spółka cywilna) ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (w takim przypadku do oferty należy załączyć pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).

W pkt. 11.10. Instrukcji wskazano, że dokumenty i oświadczenia, o których mowa powyżej składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem, przy czym poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W przypadku pełnomocnictwa wymaga się oryginału (w postaci

elektronicznej) lub kopii poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

W przedmiocie wadium w części I SIWZ zawarto zapis, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy P.z.p., z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 oświadczenia, o którym mowa w ust. 25 a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W części 19.2. Instrukcji zamawiający wskazał, że poinformuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o(...) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, (...) - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W postępowaniu do wyznaczonego terminu składania ofert wpłynęły następujące oferty:

1. Konsorcjum w składzie: DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Provider Sp. z o.o., 7MG Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o. – cena: 2.067.264,00 zł brutto,
2. S&A Service Sp. z o.o. – cena: 5.799.999,84 zł brutto
3. MDA – Spółka Cywilna – cena: 1.796.760,00 zł brutto
4. KM MANAGEMENT K. M. – plik opatrzony nazwą „oferta.BES.doc.xades” zawierał wyłącznie podpis.

Odwołujący złożyli ofertę w formie:

- formularza ofertowego, zgodnie z s.i.w.z., podpisanego podpisem elektronicznym przez współnika spółki cywilnej – A. K.,
- Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) - podpisanego podpisem elektronicznym przez współnika J. K.,
- Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) - podpisanego podpisem elektronicznym przez współnika A. K.,
- wymaganych przez s.i.w.z. oświadczeń wykonawców, osobno do każdego z współników spółki cywilnej – J. K., podpisane przez J. K. oraz A. K., podpisane przez A. K..

Odwołujący się do złożonej w dniu 25.04.2019 r. oferty dołączył kopię pełnomocnictwa nieopatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym dla A.K. do reprezentowania J. K., współnika spółki cywilnej działającej pod firmą MIDA - Spółka Cywilna A. K. J. K.

W plikach JEDZ, podpisanych zarówno przez współnika A. K., jak i przez współnika J. K., wskazano, że osobą wyznaczoną do kontaktów jest Pan A. K.. W dziale B- INFORMACJE NA TEMAT PRZEDSTAWICIELI WYKONAWCY, wskazano że osobą upoważnioną do reprezentowania wykonawcy jest Pan A. K.. Oświadczenia te (zawarte w formularzu JEDZ) zostały złożone i podpisane zarówno przez Panią J. K., jak i przez Pana A. K.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 25 kwietnia 2019 r. Oferta odwołujących uznana została za najkorzystniejszą. Oferta ta była jedyną ofertą mieszczącą się w kwocie, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dalszym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wezwał odwołujących:

- pismem z dnia 22.05.2019 r., l.dz. 7/2019 o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu, w terminie do dnia 31.05.2019 r. w oryginale w postaci elektronicznej (opatrzonym kwalifikowanym podpisem elektronicznym) wraz z informacją, że oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub złożone wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

- pismem z dnia 22.05.2019 r., l.dz. 6/2019 do złożenia we właściwej formie pełnomocnictwa lub dokumentu potwierdzającego umocowanie dla Pana A. K., do reprezentowania Pani J. K. współnika spółki cywilnej działającej pod nazwą MDA Spółka cywilna, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz podpisania i złożenia, w przedmiotowym postępowaniu, w imieniu i na rzecz wykonawcy: A. K. i J. K.- współników spółki cywilnej działającej pod nazwą MDA- Spółka cywilna, oferty z dnia 25.04.2019 r., w terminie do dnia 29.05.2019 r.

Oba wezwania zostały doręczone na skrzynkę elektroniczną odwołujących - andrzej@fleshcar.pl. w dniu 22 maja 2019 r. o godzinie 15:27.

W dacie 29 maja 2019 r. o godzinie 13:46 A. K., działający w imieniu odwołujących, wysłał do pracownika zamawiającego, Pani A. R., wiadomość e-mail o treści:

„Dzień dobry, w załączeniu upoważnienie opatrzone podpisem elektronicznym. W dniu jutrzejszym doślę wyjaśnienia. Z poważaniem, A. K.”.

Do wiadomości e-mail załączono pełnomocnictwo z dnia 24 kwietnia 2019 r., zgodnie z wezwaniem z dnia 22 maja 2019 r., we wskazanej przez zamawiającego formie.

Powyższy e-mail nie został doręczony zamawiającemu w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Domena odwołujących, z którego została wysłana wiadomość elektroniczna, uznana została przez serwer zamawiającego za mającą „niską reputację” i ze względów bezpieczeństwa wiadomość z tej domeny została automatycznie odrzucona przez serwer zamawiającego. Informacja o niemożliwości doręczenia wiadomości została przesłana przez serwer na skrzynkę mailową odwołujących „SPAM”.

W dniu 30 maja 2019 r. odwołujący przesłali ponownie pełnomocnictwo za pomocą adresu mailowego - darkand@o2.pl oraz przesłali do zamawiającego pismo z wyjaśnieniem zaistniałej sytuacji oraz prośbą o potwierdzenie, że termin dostania brakujących dokumentów został dotrzymany. Jednocześnie pismem z dnia 30.05.2019 r. odwołujący złożyli wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny złożonej oferty.

Odwołujący w dniu 13 czerwca 2019 roku złożyli stanowisko, z przywołaniem podstaw faktycznych i prawnych przemawiających za uznaniem oferty odwołującego się za ważną i niepodlegającą wykluczeniu, a także ze stanowiskiem uzasadniającym- ewentualnie- zwrot wadium na rzecz odwołujących.

W dniu 7 czerwca 2019 r. odwołujący telefonicznie skontaktowali się z pracownikiem zamawiającego, Panią A. R. i w rozmowie tej poinformował, że stosowne pełnomocnictwo od Pani J. K., do którego przedłożenia wzywał odwołujących zamawiający, zawarte jest w pliku JEDZ J. K. Następnie w tej samej dacie odwołujący odebrał telefon od Pani A. R. - pracownika zamawiającego, iż zamawiający nie może otworzyć plików JEDZ, gdyż te opatrzone są hasłem. A. K. telefonicznie podał wówczas Pani A. R. hasła do plików, a następnie hasła te ponownie podał w piśmie skierowanym do zamawiającego w dniu 18 czerwca 2019 r. W korespondencji mailowej z dnia 18 czerwca 2019 r. odwołujący powołali się na przeprowadzoną rozmowę telefoniczną i wskazali, że oczekują potwierdzenia, iż hasła do plików JEDZ dotarły do zamawiającego.

W dniu 19 czerwca 2019 r. odwołujący złożyli oświadczenie o przedłużeniu ważności oferty oraz przedłużeniu terminu ważności wadium.

W dniu 19.06.2019 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołujących i unieważnił postępowanie (sygn. pisma NU.241/pn9_2019/AR, l.dz. 12/2019), co wynika z pisma z dnia 19 czerwca br. zawierającego informacje o:

- a) wyborze najkorzystniejszej oferty — z dopiskiem „nie dotyczy”
- b) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni — z dopiskiem „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykluczył żadnego Wykonawcy”

c) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia ofert — podając uzasadnienie faktyczne i prawne

d) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu z dopiskiem „nie dotyczy”

e) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów — z dopiskiem „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział ustanowienia dynamicznego systemu zakupów”

f) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów z dopiskiem „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział ustanowienia dynamicznego systemu zakupów”

g) unieważnieniu postępowania podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W przedmiotowym piśmie zamawiający wskazał, co następuje:

„W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 10a ust. 1 ustawy Pzp). Przy czym oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ustawy Pzp, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z treścią art. 99 § 1 ustawy Kodeks cywilny, jeżeli do ważności czynności prawnej jest potrzebna szczególna forma, pełnomocnictwo do jej dokonania powinno być udzielone w tej samej formie.

W związku z powyższym pełnomocnictwo powinno zostać przedłożone jako oryginał w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, przy czym potwierdzenie za zgodność z oryginałem odbywa się wówczas za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego notariusza.

Powyższe wymagania dotyczące pełnomocnictwa zostały wskazane również w pkt. 11.10 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) stanowiącej cz. I Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W przedmiotowym postępowaniu za Wykonawcę A. i J. K. – wspólników spółki cywilnej działającej pod nazwą MDA Spółka Cywilna, ofertę w postaci elektronicznej sporządził, złożył

i opatrzyl kwalifikowanym podpisem elektronicznym jeden ze wspólników spółki cywilnej, tj. Pan A. K.. Do oferty dołączona została jedynie kopia (skan) pełnomocnictwa od Pani J. K. dla Pana A. K. (pełnomocnictwo to nie zostało sporządzone w postaci elektronicznej ani nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

W związku z powyższym zamawiający w dniu 22.05.2019 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. Zgodnie z wezwaniem uzupełnienie pełnomocnictwa powinno nastąpić do dnia 29.05.2019 r.

Wykonawca nie uzupełnił pełnomocnictwa w wymaganej formie i wyznaczonym w wezwaniu terminie.

Zamawiający informuje, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego znajdującym w szczególności odzwierciedlenie w postanowieniu Sądu Najwyższego — Izba Cywilna z dnia 10.12.2003 r. (sygn. akt. VCZ 127/03), SN stoi na stanowisku, że oświadczenie woli w postaci elektronicznej „on line” zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych.

Kierując się stanowiskiem SN dot. sposobu złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej, a także biorąc pod uwagę fakt, że mail, który Wykonawca wysłał do Zamawiającego w dniu 29 maja 2019 r. nie został do Zamawiającego dostarczony, ponieważ serwer Zamawiającego nie przyjął wiadomości z domeny Wykonawcy, o czym Wykonawca został poinformowany automatyczną odpowiedzią w dniu 29 maja 2019 r. o godzinie 13:47, należy uznać, że Wykonawca nie uzupełnił pełnomocnictwa, w wymaganej formie i wyznaczonym w wezwaniu terminie.

Wobec powyższego, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy A. K. i J. K. – wspólników spółki cywilnej działającej pod nazwą MDA – Spółka Cywilna, ponieważ oferta Wykonawcy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.”

Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 2 ustawy P.z.p., na stronie internetowej zamawiającego, na której zamieszczona została s.i.w.z. oraz dokumentacja postępowania, zamawiający w dniu 19.06.2019 r. zamieścił informację o unieważnieniu postępowania (sygn. pisma NU.241/pn9_2019/AR, l.dz. 13/2019), zawierającą informacje o:

- a) wyborze najkorzystniejszej oferty — z dopiskiem „nie dotyczy”

b) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów — z dopiskiem „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział ustanowienia dynamicznego systemu zakupów”

c) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów — z dopiskiem „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział ustanowienia dynamicznego systemu zakupów”

d) unieważnieniu postępowania podając uzasadnienie faktyczne prawne.

Informacja ta zawiera również zestawienie złożonych ofert wraz z zaoferowanymi cenami oraz informację, że oferta odwołujących podlega odrzuceniu.

Informacja ta została przesłana uczestnikom postępowania za pomocą poczty elektronicznej, na adresy wskazane w treści formularza ofertowego złożonych w postępowaniu ofert.

W tym samym dniu zamawiający poinformował odwołujących o zatrzymaniu wnieśonego przez nich wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. W informacji o zatrzymaniu wadium zamawiający wskazał:

„W przedmiotowym postępowaniu, za wykonawcę A. i J. K. - wspólników spółki cywilnej działającej pod nazwą MDA - Spółka cywilna, ofertę w postaci elektronicznej sporządził, złożył i opatrzył kwalifikowanym podpisem elektronicznym jeden ze wspólników spółki cywilnej, tj. Pan A. K.. Do oferty dołączona została jedynie kopia (skan) pełnomocnictwa od Pani J. K. dla Pana A. K. (pełnomocnictwo to nie zostało sporządzone w postaci elektronicznej ani nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym). W związku z powyższym Zamawiający w dniu 22.05.2019 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust 3 a ustawy Pzp. Zgodnie z wezwaniem uzupełnienie powinno nastąpić do dnia 29.05.2019 r. Wykonawca nie uzupełnił pełnomocnictwa w wymaganej formie i wyznaczonym w wezwaniu terminie (...) Kierując się stanowiskiem SN dot. sposobu złożenia, oświadczeń woli w postaci elektronicznej, a także biorąc pod uwagę fakt, że mail, którego Wykonawca wysłał do Zamawiającego w dniu 29 maja 2019 r. nie został do Zamawiającego dostarczony, ponieważ serwer Zamawiającego nie przyjął wiadomości z domeny Wykonawcy. o czym Wykonawca został poinformowany automatyczną odpowiedzią w dniu 29 maja 2019 r. o godzinie 13:47, należy uznać, że Wykonawca został poinformowany automatyczną odpowiedzią w dniu 29 maja 2019 r. o godzinie 13:47, należy uznać że Wykonawca nie uzupełnił pełnomocnictwa, w wymaganej formie i wyznaczonym w wezwaniu terminie (...) ponadto należy , nadmienić, iż Wykonawca wraz z ofertą przedłożył oświadczenia w formie JEDZ dla i każdego ze wspólników spółki cywilnej tj. Pana A. K. i Pani J. K. W oświadczeniu

tym możliwe jest wskazanie w części 2 w sekcji B osoby upoważnionej do reprezentowania Wykonawcy oraz zakresu przedstawicielstwa, jednak ww. oświadczenia złożone przez Wykonawcę zostały opatrzone hasłem, którego Wykonawca nie podał Zamawiającemu w ofercie. W związku z powyższym, Zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania oświadczenia JEDZ złożonego przez Wykonawcę pod względem przedstawicielstwa. Zamawiający nie miał również podstaw do wezwania Wykonawcy do jego uzupełnienia w związku z zastosowaniem w przedmiotowym postępowaniu procedury określonej w art. 24 aa ustawy pzp”

Mając na uwadze powyższe Zamawiający w pierwszej kolejności przystąpił do oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust 1 ustawy Pzp), w związku z czym wezwał Wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust 3 a, ponieważ wyłącznie w odniesieniu Wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej) dokonuje się oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne w formie JEDZ. Tym samym należy stwierdzić, że Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3a nie złożył pełnomocnictwa, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

Izba przeprowadziła dowody z:

1. Wydruk ze zrzutu ekranu z dnia 26.06.2019 r. z wykazem czynności wykonanych przez Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia część I - Instrukcja dla Wykonawców, wraz z załącznikami,
3. Informacja z otwarcia ofert z dnia 25.04.2019 r.,
4. Informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 19 czerwca 2019r., na okoliczność:
5. Zrzut ekranu z korespondencją wysłaną do Zamawiającego przez Odwołującego się - elementami złożonej przez Odwołującego się oferty,
6. Plik JEDZ wypełniony i podpisany podpisem elektronicznym przez A. K.,
7. Plik JEDZ wypełniony i podpisany podpisem elektronicznym przez J. K.,
- 8 Formularz ofertowy złożony przez odwołujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

9. Pełnomocnictwo z dnia 24.04.2019 r., podpisane przez J. K.
10. Wezwanie z dnia 22.05.2019 r. w trybie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p.,
11. Zrzut ekranu ze skrzynki odbiorczej poczty elektronicznej Odwołującego się - andrzej@fleshcar.pl,
12. Wydruk korespondencji mailowej odwołujących z zamawiającym z dnia 22 i 29 maja 2019 r.,
13. Pełnomocnictwo z dnia 24.04.2019 r., opatrzone podpisem elektronicznym J. K.,
14. Wydruk wiadomości mailowej z dnia 29 maja 2019 r., którą odwołujący otrzymali do skrzynki mailowej „SPAM”,
15. Wydruk korespondencji mailowej z dnia 30 maja 2019 r. od odwołujących do zamawiającego, przesłana z adresu mailowego d*****@o2.pl
16. Pismo odwołujących z dnia 30 maja 2019 r. z wyjaśnieniem problemu dotyczącego przepływu korespondencji,
17. Wydruk korespondencji z dnia 31 maja 2019 r. od Odwołującego się, skierowanej do Zamawiającego
18. Pisemne wyjaśnienia dotyczące ustalenia przyczyn niedoręczenia do zamawiającego korespondencji z pełnomocnictwem J. K. - w formie wiadomości mailowej od informatyka K. Sz.,
19. Zrzut ekranu z folderu SPAM skrzynki mailowej odwołujących,
20. Raport doręczeń wiadomości e-mail z adresu a*****@fleshcar.pl na adres e-mail: a.r*****@mpk.wroc.pl
21. Raport doręczeń wiadomości e-mail z adresu a*****@fleshcar.pl na adres e-mail: z.w*****@mpk.wroc.pl
22. Pismo odwołujących z dnia 13 czerwca 2019 r.,
23. Pisma odwołujących z dnia 18.06.2019 r. z hasłami do plików JEDZ,
24. Wydruk korespondencji mailowej z dnia 18 czerwca 2019 r. skierowanej przez odwołujących do zamawiającego,
25. Pismo odwołujących z dnia 18.06.2019 r.

26. Oświadczenia odwołujących z dnia 19.06.2019 r. o przedłużeniu ważności oferty oraz terminu ważności wadium,

27. Wydruk korespondencji mailowej z dnia 24 czerwca 2019 r. skierowanej przez odwołujących do zamawiającego,

28. Pismo odwołujących z dnia 24.06.2019 r.

29. Zawiadomienie o zatrzymaniu wadium z dnia 19.06.2019 r.

30. Informacja o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania sygn. pisma NU.241/pn9_2019/AR, l.dz. 12/2019

31. Potwierdzenie przesłania „Informacji o unieważnieniu postępowania” wykonawcom

32. Potwierdzenie zamieszczenia informacji o unieważnieniu postępowania na stronie internetowej zamawiającego

33. Notatka pracownika zamawiającego z rozmowy telefonicznej z Panem A. K..

34. Przesłuchanie Pana A. K. w charakterze strony.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3a w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 i ust. 4 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. oraz art. 60 i art. 866 ustawy Kodeks cywilny poprzez nieuprawnione wykluczenie odwołujących jako wykonawców z postępowania i stwierdzenie, że odwołujący nie spełniali warunków udziału w postępowaniu wobec nieprzedstawienia pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu drugiego wspólnika spółki cywilnej, a w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty odwołujących i unieważnienie postępowania.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do twierdzenia odwołujących, iż ich oferta, podpisana podpisem elektronicznym przez wspólnika spółki cywilnej A. K., była ważna i nie podlegała odrzuceniu, albowiem zgodnie z art. 866 K.c. każdy ze wspólników spółki cywilnej był uprawniony do jej jednoosobowej reprezentacji, umocowanie A. K. wynika również z treści umowy spółki, Izba podkreśla, że samo odwołanie się do treści art. 866 K.c. nie jest wystarczające dla wykazania umocowania do działania w imieniu spółki cywilnej.

Zgodnie z art. 866 K.c., w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników, każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Zasady, na podstawie których wspólnik jest uprawniony do prowadzenia spraw spółki, określa natomiast art. 865 K.c. Z § 1 tegoż artykułu wynika, iż każdy wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki, natomiast z § 2 zdanie pierwsze – że każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki.

Wskazując na powyższe podkreślić należy, iż ustalenie zakresu umocowania wspólnika spółki cywilnej do jej reprezentowania nie jest możliwe bez zapoznania się z treścią umowy spółki cywilnej. Umowa ta może bowiem ograniczać lub rozszerzać zakres reprezentacji oraz zawierać postanowienia, na podstawie których możliwe będzie ustalenie zakresu zwykłych czynności spółki. Wyrażenie „zwykłe czynności spółki” jest wyrażeniem bliżej niedookreślonym. Nie da się z góry skategoryzować czy dana czynność należy do zakresu zwykłych czynności, czy też przekracza ten zakres. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 1997 r. (I CKN 70/97) „Przy rozstrzyganiu, czy dana czynność prawna należy, czy też nie należy do zwykłych czynności spółki cywilnej, trzeba mieć na względzie okoliczności konkretnego przypadku, a w szczególności cel i determinowany nim rodzaj działalności spółki, przynależność ocenianej czynności do tego rodzaju działalności oraz jej doniosłość z punktu widzenia rozmiaru tej działalności”. Zachowania przekraczające zakres zwykłych czynności wiążą się chociażby z użyciem większych środków finansowych, czy z zaciąganiem zobowiązań. Natomiast zwykłe czynności dotyczą głównie bieżących spraw spółki, tudzież zawierania drobnych umów.

W ocenie Izby, dokonanie przez spółkę cywilną czynności, której przedmiotem jest złożenie oferty za cenę około 1,8 mln zł, może przekraczać zakres zwykłych czynności spółki. Odwołujący nie złożyli zamawiającemu umowy spółki, z której wynikałoby umocowanie do reprezentowania spółki przez Pana A. K. Jedynie na podstawie umowy spółki lub stosownego pełnomocnictwa można by ustalić zakres pełnomocnictwa Pana A. K.

W przedmiotowym postępowaniu w pkt. 11.8. Instrukcji wskazano, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy P.z.p. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego (np. konsorcjum, spółka cywilna) ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (w takim przypadku do oferty należy załączyć pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).

W pkt. 11.10. Instrukcji wskazano, że dokumenty i oświadczenia, o których mowa powyżej składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem, przy czym poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W przypadku pełnomocnictwa wymaga się oryginału (w postaci elektronicznej) lub kopii poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Z powyższego wynika obowiązek wykonawców działających jako spółka cywilna do przedłożenia pełnomocnictwa w odpowiedniej formie. Odwołujący nie kwestionowali zresztą tego obowiązku, ponieważ po otrzymaniu wezwania do jego uzupełnienia, wystosowali e-maila do zamawiającego, do którego załączyli żądane pełnomocnictwo. Wiadomość elektroniczna nie dotarła jednak do zamawiającego, ponieważ została uznana przez serwer zamawiającego za mającą „niską reputację” i ze względów bezpieczeństwa została automatycznie odrzucona przez serwer zamawiającego. Informacja o niemożliwości doręczenia wiadomości została przesłana przez serwer na skrzynkę mailową odwołujących do „SPAM”.

W tym miejscu Izba wskazuje na postanowienie Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 10 grudnia 2003, sygn. akt V CZ 127/03, w którym Sąd uznał, iż oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane *on line* zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych. Samo wyjście wiadomości z serwera nadawcy nie jest zatem równoznaczne z tym, że została ona przyjęta przez serwer odbiorcy.

Z powyższego postanowienia wynika, iż dla stwierdzenia skuteczności doręczenia wiadomości drogą elektroniczną niezbędne jest nie tylko potwierdzenie, iż wiadomość wyszła z serwera nadawcy, ale że została ona również przyjęta przez serwer odbiorcy. W rozpoznawanej sprawie czynność przyjęcia wiadomości przez serwer zamawiającego nie miała miejsca, o czym odwołujący zostali poinformowani wiadomością wygenerowaną przez serwer zamawiającego.

Bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje fakt, że wiadomość o odrzuceniu korespondencji skierowanej przez odwołujących została umieszczona w folderze „SPAM”. Jest to folder umieszczony w skrzynce mailowej odwołujących, a zatem mieli oni możliwość zapoznania się z przesłaną wiadomością. Podkreślić należy, że wykonawca, który bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, winien na bieżąco kontrolować skrzynkę mailową wskazaną do korespondencji z zamawiającym, względnie – tak ustawić jej

parametry, by wiadomości otrzymywane od zamawiającego były kierowane do wybranego folderu. Wskazać należy, że odwołujący, decydując się na wzięcie udziału w postępowaniu, winni dołożyć należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Między innymi winni zadbać o to, by przekazywana przez zamawiającego korespondencja docierała do nich bez przeszkód. Izba podkreśla, że na każdym uczestniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zarówno zamawiającym jak i wykonawcach – ciążyą konkretne obowiązki. W przypadku wykonawcy jego obowiązkiem jest m.in. zadbanie o sprawne działanie jego kanałów informacyjnych. Stwierdzić zatem należy, iż fakt niezapoznania się przez odwołujących z treścią otrzymanej wiadomości i podjęcia stosownych czynności, jest okolicznością, za którą odpowiedzialność ponoszą odwołujący.

Izba nie podziela stanowiska odwołujących, jakoby zamawiający dysponował oświadczeniem woli, podpisanym przez J. K. o upoważnieniu A. K. do reprezentacji spółki w postępowaniu (formularz JEDZ podpisany przez J. K.), a zatem brak było podstaw do wzywania odwołujących o przedłożenie dokumentu pełnomocnictwa, nie musi być ono bowiem przedłożone w określonej formie.

Zgodnie z dostępną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych Instrukcją wypełniania - Jednolity Europejski Dokument Zamówienia aktualną na dzień 14 lutego 2018 r. w części II sekcji B Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia „należy podać imiona i nazwiska oraz adresy osób upoważnionych do reprezentowania wykonawcy na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia, jak również zakres udzielonych pełnomocnictw. Użyte w formularzu określenie „przedstawicielstwo” należy rozumieć szeroko, jako przedstawicielstwo czy pełnomocnictwo w rozumieniu ustawy kodeks cywilny .W przypadku szczegółowego określenia w tej rubryce zakresu udzielonego pełnomocnictwa i złożenia w tym zakresie oświadczenia woli w treści JEDZ a także prawidłowego (zgodnie z zasadami reprezentacji) podpisania dokumentu JEDZ, nie jest konieczne tworzenie i dołączanie do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odrębnego dokumentu pełnomocnictwa. Jeżeli dane zawarte w tej pozycji mają jedynie walor informacyjny, a pełnomocnictwo zostało udzielone odrębnie/ pełnomocnictwo powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” .

Analiza treści części II lit. B JEDZ złożonego przez Panią J. K. wskazuje, iż informacje tam podane mają jedynie charakter informacyjny. Zawierają one bowiem tylko imię i nazwisko Pana A. K., jego numer telefonu i adres mailowy. Podpisująca dokument pozostawiła nieuzupełnioną rubrykę dotyczącą szczegółowych informacji dotyczących przedstawicielstwa (jego form, zakresu, celu).

Podkreślić należy, że w doktrynie prawa terminem pełnomocnictwo określa się czynność prawną, której treścią jest oświadczenie woli mocodawcy upoważniające osobę lub osoby do dokonywania w jego imieniu czynności prawnych określonych w pełnomocnictwie. Na podstawie tego umocowania pełnomocnik jest upoważniony do reprezentowania (zastępstwa) mocodawcy, w zakresie określonym w pełnomocnictwie, w stosunkach prawnych z innymi podmiotami prawa. Zgodnie z art. 98 K.c., pełnomocnictwo ogólne obejmuje umocowanie do czynności zwykłego zarządu. Do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj, chyba że ustawa wymaga pełnomocnictwa do poszczególnej czynności.

W sytuacji, w której odwołujący nie wykazali, że złożenie oferty oraz inne czynności podejmowane w postępowaniu nie przekraczają czynności zwykłego zarządu, winni byli oni przedłożyć dokument, z którego wynikałoby uprawnienie Pana A. K. do reprezentowania wspólników w pełnym zakresie, czyli również w zakresie przekraczającym zakres zwykłych czynności spółki. Wobec braku stosownego oświadczenia woli oraz szczegółowego określenia zakresu pełnomocnictwa w dokumencie JEDZ, uznać należy, że informacje w nim zawarte miały wyłącznie charakter informacyjny.

Wydaje się, że również w ten sposób traktowali je odwołujący, którzy – pomimo informacji zawartych w JEDZ – załączyli do oferty pełnomocnictwo, tyle tylko, że nie zostało ono złożone w odpowiedniej formie. Również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, prowadzonych przez tego samego zamawiającego, w których brali udział odwołujący, składali oni dokumenty JEDZ z taką samą informacją dotyczącą osoby pełnomocnika i – niezależnie od tego – składali stosowne dokumenty pełnomocnictwa.

Odnosząc się do twierdzenia odwołujących, że umocowanie A. K. wynika również z samej treści umowy spółki podnieść należy, że odwołujący nie załączyli do oferty, ani w terminie wyznaczonym do uzupełnienia pełnomocnictwa nie przedłożyli zamawiającemu wskazanej umowy spółki. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania powołał się na brzmienie art. 26 ust. 6 ustawy P.z.p. mówiący o tym, że wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p., jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych, w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r., poz. 700).

Izba wskazuje, że umowa spółki, nie może być jednak zakwalifikowana jako oświadczenie lub dokument potwierdzający okoliczności, o których mowa art. 25 ust. 1 pkt 1 i

3 ustawy P.z.p., ponieważ nie jest to okoliczność poświadczająca spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji oraz brak podstaw wykluczenia.

Z kolei przedłożenie Izbie umowy spółki i wniosek o przeprowadzenie z niej dowodu na okoliczność posiadania przez Pana A. K. stosownego pełnomocnictwa należy uznać za spóźnione. Istotą postępowania odwoławczego nie jest bowiem ustalenie zakresu pełnomocnictwa Pana A. K., ale ocena prawidłowości czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Umowa spółki nie została przedłożona zamawiającemu, w związku z czym zamawiający zbadał jedynie te dokumenty, w których był posiadaniu i te czynności są przedmiotem badania i oceny Izby.

Izba nie podziela stanowiska odwołujących, iż zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia ich oferty z uwagi na fakt, że zamawiający w wezwaniu do przedłożenia pełnomocnictwa nie wskazał, że brak wypełnienia tego obowiązku będzie skutkowało odrzuceniem oferty/wykluczeniem wykonawcy, taki rygor nie wynikał również z treści s.i.w.z., a w Prawie zamówień publicznych, co wynika również z orzecznictwa KIO, brak jest podstaw do zastosowania w przypadku niewypełnienia obowiązku przedłożenia pełnomocnictwa, jakiegokolwiek sankcji, w tym szczególnie sankcji w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Podkreślić należy, że złożenie oferty kwalifikowane jest jako jednostronna czynność prawna. Stosownie zaś do treści art. 104 zdanie pierwsze K.c., jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Niewykazanie działania w imieniu wspólników spółki cywilnej jest równoznaczne z działaniem bez umocowania, a zatem zamawiający zasadnie uznał ofertę odwołujących za nieważną i ją odrzucił.

Bez znaczenia również pozostaje argumentacja odwołujących, iż złożyli oni wymagany dokument pełnomocnictwa z niewielkim opóźnieniem. Art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek złożenia dokumentów w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Przekroczenie wyznaczonego terminu – bez względu na jego zakres – wywołuje skutki przewidziane w ustawie. Faktem jest, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się dość wysokim formalizmem, jednakże wykonawca, który decyduje się na wzięcie udziału w postępowaniu winien być tego świadomy i winien do tego formalizmu się dostosować. Z kolei zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie terminów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W rozpoznawanej sprawie zaszła przesłanka, o której mowa we wskazanym przepisie, tj. odwołujący wezwani w trybie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p, nie złożyli wymaganego pełnomocnictwa, przez co brak było możliwości wybrania ich oferty jako najkorzystniejszej. Brak zatem podstaw do uznania, że zamawiający bezzasadnie zatrzymał wadium odwołujących, a sam zarzut podlegał oddaleniu.

Bez znaczenia pozostaje tu argumentacja odwołujących, iż celem przepisu art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. miało być zapobieganie znowom przetargowym przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Polski ustawodawca nie uzależnił zastosowania przepisu od wykazania, że w danej sprawie może dojść do znowy przetargowej. Przepis znajduje zastosowanie bez względu na przyczyny niezłożenia wymaganych przez zamawiającego dokumentów.

Izba na zasadzie art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p. oddaliła zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego wypełnienia ciążącego na nim obowiązku informacyjnego wynikającego z ww. normy prawnej i brak niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców, w tym odwołujących o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym odrzucenia oferty, mimo że zarzut ten uznała za uzasadniony. Zamawiający nie wykazał bowiem, że skutecznie powiadomił odwołujących o przyczynach odrzucenia oferty, niemniej jednak naruszenie to nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje się dowód przesłania wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 19 czerwca 2019 roku godz. 13:59 maila z załącznikiem. Zamawiający na rozprawie w dniu 10 lipca 2019 roku poinformował, że załącznikiem była informacja o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania, której kopia znajduje się w dokumentacji postępowania. Odwołujący podniósł, że tego maila w ogóle nie otrzymał.

Izba ustaliła, że zarówno tytuł maila, jak i załącznik, który został przesłany wraz z mailem nosił nazwę „Informacja o unieważnieniu postępowania”. Również w treści maila

zamawiający poinformował, że przesyła informację o unieważnieniu postępowania, nie zaś o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania. Podkreślić należy, że w aktach sprawy znajdują się dwa dokumenty z dnia 19 czerwca br. – jeden zatytułowany: „Informacja o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania”, drugi zaś – „Informacja o unieważnieniu postępowania”. Tylko pierwszy z nich zawiera informację o odrzuceniu oferty odwołujących oraz faktyczne i prawne uzasadnienie tej czynności. Drugi natomiast zawiera informację, że oferta odwołujących podlega odrzuceniu, a zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w związku z tym, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W tej sytuacji Izba uznała, iż zamawiający nie wykazał, że załącznikiem przesłanym odwołującym było pismo zawierające informację o czynności odrzucenia ich oferty oraz jej podstawach. Okoliczności sprawy wskazują bowiem, iż przekazany załącznikiem była jedynie informacja o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p.

Niemniej jednak Izba podkreśla, że stwierdzone naruszenie nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. Wpływ taki mogłaby mieć okoliczność, gdyby odwołujący zostali skutecznie pozbawieni możliwości obrony swojej oferty, a taka sytuacja nie miała miejsca. Odwołujący na podstawie wszystkich okoliczności sprawy oraz wymienianych w postępowaniu dokumentów prawidłowo zdekodowali podstawy odrzucenia ich oferty. W szczególności skierowane do odwołujących wezwanie o uzupełnienie pełnomocnictwa, powzięcie przez nich wiadomości, że przesłane przez nich pełnomocnictwo nie dotarło do zamawiającego, przeprowadzane rozmowy telefoniczne z pracownikiem zamawiającego, pismo odwołujących z dnia 13 czerwca br., pismo zamawiającego z dnia 19 czerwca br. o zatrzymaniu wadium i jego przyczynach oraz pismo z dnia 19 czerwca 2019 roku o unieważnieniu postępowania wskazują, że odwołujący mieli świadomość tego, że ich oferta została odrzucona i znane im były przyczyny odrzucenia oferty.

Powyższe wynika również z treści odwołania, gdzie odwołujący zakwestionowali czynność odrzucenia oferty i jej podstawy. Okoliczności podniesione w odwołaniu odpowiadają przyczynom odrzucenia oferty odwołujących, które zostały przez zamawiającego wskazane w piśmie z dnia 19 czerwca br. „Informacja o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania”. Przedmiotem badania i rozstrzygnięcia Izby były zatem te okoliczności, które faktycznie spowodowały odrzucenie oferty odwołujących. Tym samym odwołujący w pełni skorzystali ze swego uprawnienia do wniesienia i rozpoznania odwołania.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik

postępowania o udzielenie zamówienia. W rozpoznawanej sprawie zamawiający odrzucił ofertę odwołujących i unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i te czynności zamawiającego zostały przez Izbę uznane za prawidłowe. Wynik postępowania, rozumiany w tym przypadku jako unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, mógłby zostać zmieniony jedynie w sytuacji skutecznego wniesienia odwołania przez któregokolwiek z wykonawców, pod warunkiem, że wykonawca miałby pełną wiedzę co do podstaw podjętej czynności. W rozpoznawanej sprawie przesłanka ta została wypełniona pomimo braku prawidłowego powiadomienia o czynnościach odrzucenia jedynej oferty, której cena mieściła się w kwocie, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Naruszenie zamawiającego nie miało zatem wpływu na wynik postępowania, ponieważ odwołujący mieli pełną wiedzę na temat przyczyn odrzucenia ich oferty i czynność tę zaskarżyli w pełnym zakresie. Ewentualne uwzględnienie tego zarzutu i nakazanie zamawiającemu powtórzenie dokonanych czynności skutkowałoby dokładnie takim samym wynikiem, a jego zakwestionowanie polegałoby na podniesieniu takich samych zarzutów, które zostały rozstrzygnięte niniejszym wyrokiem. Z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p. tego rodzaju sytuacja nie uzasadnia uwzględnienia odwołania.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez zamawiającego wypełnienia ciążącego na nim obowiązku informacyjnego wynikającego z ww. normy prawnej i brak niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców, w tym odwołujących o :

- wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym wykluczenia,
- unieważnieniu postępowania, wraz z uzasadnieniem prawnym i faktycznym unieważnienia postępowania.

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczeń zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie oraz składanych podczas rozprawy wynika, że zamawiający nie wykluczył z postępowania żadnego z wykonawców.

Ponadto w dniu 19 czerwca br. zamawiający przesłał wykonawcom „Informację o unieważnieniu postępowania”, z której wynika, że oferta odwołujących podlega odrzuceniu, a samo postępowanie zostaje unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w związku z tym, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Z powyższego wynika, że zamawiający nie dopuścił się naruszeń o których mowa powyżej, w związku z czym zarzut podlegał oddaleniu.

Izba oddaliła pozostałe wnioski dowodowe wskazane w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, ponieważ fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub okoliczności, które miałyby zostać udowodnione zostały przyznane przez stronę przeciwną lub nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....