

**WYROK**  
**z dnia 20 lipca 2011 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

Protokolant:            Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2011 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: wykonawcę Grażyna Porębska prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych „Tech-Instal” z siedzibą w Płocku (Lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Kobyłarni (Partner konsorcjum)**, od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego, którym jest Gmina Miasto Płock.**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: wykonawcę Grażynę Porębską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych „Tech-Instal” z siedzibą w Płocku (Lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Kobyłarni (Partner konsorcjum) i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

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

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

W dniu **8 lipca 2011 roku (pismem z dnia 6 lipca 2011 roku)** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. nr 113 z 2010r., poz. 759 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych „Tech-Instal” Grażyna Porębska z siedzibą w Płocku (Lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Kobylarni (Partner konsorcjum) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Gmina Miasto Płock.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty tj. wyboru wykonawców składających ofertę wspólnie „Energopol - Południe” SA w Sosnowcu i Firmy Remontowo - Budowlanej „Lipowski” spółka jawna Mieczysław i Grzegorz Lipowscy z Płocka oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy, to jest zaniechania odrzucenia oferty wykonawców: „Energopol - Południe” SA i FRB „Lipowski” s.j. Mieczysław i Grzegorz Lipowscy.

Na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzucono:

1. rażące naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z rażącym naruszeniem fundamentalnej zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron,
2. rażące naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 58 i art. 14 kodeksu cywilnego przez wybór oferty, mimo iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia,
3. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 58 i art. 14 Kodeksu cywilnego przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy wspólnie złożyli ofertę,
4. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy wspólnie złożyli ofertę,
5. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż złożone dokumenty w formie ich kserokopii nie zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentacji lub osobę uprawnioną

przez wykonawców do poświadczania kserokopii dokumentów za zgodność z oryginałem.

Wskazując na powyższe zarzuty, na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty złożonej wspólnie przez wykonawców wybranych,
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawców wybranych,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych, przy uwzględnieniu zwrotu kosztów zastępstwa prawnego przez radcę prawnego.

Wskazując na interes we wniesieniu odwołania podniesiono, że wykonawcom wnoszącym odwołanie przysługują środki ochrony prawnej wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż złożona przez nich oferta uzyskała drugą w kolejności ilość punktów, nie podlegają wykluczeniu, ani ich oferta nie podlega odrzuceniu, a wobec wyboru najkorzystniejszej oferty z rażącym naruszeniem ustawy ponieśli szkodę przez zaniechanie wyboru ich oferty; mają zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia.

W uzasadnieniu w odniesieniu do zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, w Rozdziale VI SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w punktach 2.1).a - b oraz 3. znajduje się m.in. opis spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, w załączniku nr 4 „Doświadczenie zawodowe” wykazał wykonanie 2 zamówień o wartości: 8.540.000,00 zł oraz 13.156.566,93 zł.

Lider konsorcjum wspólnie z innym wykonawcą złożyła ofertę w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez tego samego Zamawiającego. SIWZ w ówczesnie prowadzonym postępowaniu w punktach 2.2. i 4.b. przewidywała spełnianie warunku udziału w postępowaniu, posiadania wiedzy i doświadczenia, w sposób zbieżny z opisem w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wykluczył w/w wykonawcę z postępowania wywodząc, iż wykonawcy składający wspólnie ofertę nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu, a następnie zatrzymał wadium w kwocie 70.000,-zł. Między stronami sporu toczy się postępowanie cywilne, które nie zostało zakończone prawomocnie. Odwołujący podnosił, że w toku procesu Zamawiający konsekwentnie powoływał się na brak możliwości sumowania wartości wykonanych robót dla wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu - posiadania wiedzy i doświadczenia - przez wykonanie robót odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, powołując się także na wykładnię zawartą w orzeczeniach Krajowej

Izby Odwoławczej. W postępowaniach wcześniejszych Zamawiający takie sumowanie dopuszczał.

W tych warunkach, gdy Zamawiający w poszczególnych postępowaniach warunek udziału w postępowaniu - posiadania wiedzy i doświadczenia - określony w SIWZ w sposób zbliżony, interpretuje w sposób odmienny w odniesieniu do konkretnego wykonawcy, uprawniony jest zarzut przygotowania i przeprowadzenia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania z rażącym naruszeniem zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron, to jest naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu 2 Odwołujący wskazywał, że wykonawca konsorcjum „Energopol - Południe SA i FRB „Lipowski” s.j. Mieczysław i Grzegorz Lipowscy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia bowiem nie wykazał, iż wykonał w okresie ostatnich 5 lat co najmniej jedno zamówienie odpowiadające rodzajowi, zakresowi i wartości robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Nie jest wykazaniem przez wykonawcę posiadania wiedzy i doświadczenia koniecznego dla wykonania przedmiotu zamówienia wykazanie wykonania kilku zamówień o zdecydowanie mniejszej złożoności, zakresie i wartości zamówienia. Jest to pogląd konsekwentnie podnoszony przez Gminę Miasto Płock w w/w procesie toczącym się między Odwołującym a Zamawiającym o zwrot wadium. Zamawiający prezentuje poglądy skrajnie przeciwne, dostosowane jego do zapotrzebowania w danym zamówieniu na wybór określonego wykonawcy.

Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zatem zastosowanie ma art. 58 § 1 i 3 kodeksu cywilnego, co prowadzi do wniosku, iż zapis pkt 2.b. w rozdziale VI jest dotknięty nieważnością z mocy prawa. Dotknięcie nieważnością z mocy prawa wynika z przeprowadzeniem przez Zamawiającego postępowania z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez ocenę, iż warunek ten spełniają wykonawcy, którzy w okresie 5 lat przed upływem składania ofert nie wykonali zamówienia odpowiadającego danemu zamówieniu oraz przez wybór oferty tego wykonawcy; stanowi to także naruszenie przez zamawiającego zasad postępowania określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

Odnosnie zarzutu 3 wskazano, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający obowiązany jest wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zaniechał wykluczenia wybranych wykonawców, składających ofertę wspólnie, gdyż nie spełnili oni warunku udziału w postępowaniu, przy uwzględnieniu nieważności z mocy prawa

zapisu pkt 2.b. w rozdziale VI SIWZ podstawie art. 58 § 1 i 3 w zw. z art. 14 kodeksu cywilnego, art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie Zamawiającego dokonania czynności wykluczenia z postępowania wymienionych wykonawców stanowi także naruszenie zasad postępowania określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu 4 podniesiono, że Zamawiający w Rozdziale IX „Wadium” opisał sposób wnoszenia wadium. Z punktu 12 tego rozdziału wynikało, że dowód wniesienia wadium w formie innej niż pieniężna należało załączyć do oferty w formie oryginału. Wykonawcy, których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to znaczy wnieśli wadium w formie innej, niż pieniężna. Gwarancja ta została załączona do oferty jako kserokopia, a fakt ten jest bezsporny, znajduje potwierdzenie w treści samej oferty. W punkcie 6 oferty w wykazie załączników wykonawca wskazał kserokopię gwarancji str. 89. W omawianej ofercie wszystkie karty zostały trwale połączone (zbindowane) oraz ponumerowane. Na str. 89 oferty znajduje się kserokopia gwarancji ubezpieczeniowej jako wadium. Podczas jawnego otwarcia ofert Zamawiający nie stwierdził, iż do oferty został dołączony oryginał gwarancji ubezpieczeniowej jako wadium. Od czasu nie ustalonego w aktach postępowania, przy ofercie w/w wykonawcy, znajduje się oryginał gwarancji ubezpieczeniowej jako wadium i jest to dokument „luźno” dołączony do oferty, bez jakiegokolwiek adnotacji o czasie i okolicznościach jego złożenia. Wobec jednoznacznego zapisu SIWZ odnoszącego się do wniesienia wadium w innej formie niż pieniężna przez załączenie tego dokumentu do oferty w formie oryginału oraz wobec braku w ofercie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej - Zamawiający obowiązany był na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz punktu 12 w Rozdziale IX SIWZ wykluczyć w/w wykonawcę z postępowania. Zamawiający zaniechał dokonania czynności, do której był zobowiązany na podstawie w/w przepisu ustawy. Zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia w/w wykonawcy z postępowania stanowi także rażące naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odnosnie zarzutu 5 podniesiono, że partner konsorcjum Firma Remontowo - Budowlana „Lipowski” s.j. Mieczysław i Grzegorz Lipowscy udzieliła liderowi konsorcjum „Energopol - Południe SA pełnomocnictwa do dokonywania określonych czynności. „Energopol - Południe SA udzielił pełnomocnictwa Panu Stanisławowi W. do dokonywania ściśle w treści pełnomocnictwa określonych czynności, w tym do poświadczania za zgodność z oryginałem załączonych do kserokopii dokumentów.

Treści pełnomocnictwa nie można interpretować w sposób rozszerzający ani w sposób domyślny, o co udzielającemu pełnomocnictwa chodziło. Zakres umocowania pełnomocnika wynika z literalnej treści pełnomocnictwa. Pełnomocnik Stanisław W. upoważniony został do „poświadczania za zgodność z oryginałem załączonych do kserokopii dokumentów”, nie

został upoważniony do poświadczania za zgodność z oryginałem kserokopii dokumentów stanowiących treść oferty oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Pełnomocnik ten mógł poświadczyc za zgodność z oryginałem tylko takie dokumenty, które były załączone do kserokopii załączonych dokumentów, które zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Pan Stanisław Witkowski poświadczył za zgodność z oryginałem wszystkie dołączone do oferty dokumenty, w tym dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wobec potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentów m.in. potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu przez osobę nieuprawnioną, należy uznać te dokumenty za niewniesione, co prowadzi do wniosku, iż wykonawca taki powinien zostać wykluczony przez Zamawiającego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał więc dokonania czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy; zaniechanie Zamawiającego stanowi także naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu **18 lipca 2011 roku** wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, iż zarzut dotyczący zapisów SIWZ, a mianowicie, iż spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie się realizacją jednego zamówienia o wartości minimum 20 mln zł lub dwóch o łącznej wartości minimum 20 mln zł, przy czym warunek dotyczący dwóch zamówień może być spełniony łącznie (w przypadku oferty wspólnej) jest bezzasadny. Zamawiający w sposób jasny i wyraźny podał, iż wykonawca może przedstawić jedno lub dwa (tylko dwa) zamówienia o łącznej wartości minimum 20 mln zł. Jeden więc wykonawca mógł przedłożyć wykaz jednego zrealizowanego zadania o wartości minimum 20 mln zł lub dwa o wartości łącznej minimum 20 mln zł. W przypadku oferty wspólnej warunek powyższy wykonawcy mogą spełnić łącznie. W żaden sposób zapis powyższy nie narusza wskazywanych przez Odwołującą przepisów ustawy Pzp. Nie narusza to fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie równości i konkurencyjności. Zapis ten pozwala na udział w postępowaniu wielu podmiotom, które mogą łącznie spełniać w.w warunek.

Należy nadto podnieść, iż Odwołująca miała możliwość złożenia na podstawie art. 182 ust. 2 ustawy Pzp odwołania co do treści SIWZ. Nie czyniąc tego, Odwołująca nie może na tym etapie sprawy kwestionować zapisów, albowiem niezależnie od niezasadności jej zarzuty są spóźnione. Przywoływana przez Odwołującą się sprawa sądowa o zapłatę wadium w żaden sposób nie przystaje do niniejszej sprawy i tym samym Zamawiający nie widzi podstaw do wnoszenia w tym zakresie uwag.

Zarzut niezłożenia oryginału gwarancji wadialnej jest kłamliwy. Odwołująca się została poinformowana, iż do oferty wyłonionego wykonawcy załączony został oryginał gwarancji, z tym, że nie jest on wszyty w ofertę lecz jest luźno do niej dołączony. Pani G. Porębska uzyskała wgląd do oryginału gwarancji, więc czynienie zarzutu jakoby oryginału nie było, jest rzuceniem podejrzania na Zamawiającego, poprzez insynuację iż oryginał dołączony został po dniu składania ofert.

Zarzut wadliwości pełnomocnictwa udzielonego Panu Stanisławowi Witkowskiemu jest chybiony. Pełnomocnictwo jest prawidłowe, zawiera bowiem wprost - w pkt 1 - umocowanie do podpisania i złożenia oferty przetargowej wraz załącznikami, a w szczególności kosztorysami, wycenami, kalkulacjami itp. Już zapis z w.w pkt 1 pełnomocnictwa upoważnia Pana S. Witkowskiego do podpisania oferty wraz z załącznikami, a więc do złożenia zgodnie z wymogami dotyczącymi złożenia oferty zawartej w SIWZ - podpisu na samej ofercie wraz z załącznikami oraz poświadczenia za zgodność z oryginałem. Pan S. Witkowski ma upoważnienie do złożenia oferty - i już to stwierdzenie upoważnia go do złożenia oferty, a więc zgodnie z wszelkimi wymogami SIWZ, w tym poświadczenia za zgodność z oryginałem. Odwołująca się tymczasem nad interpretuje zwrot „do” użyty w pkt 2 pełnomocnictwa. Próbuje z tego wywieść, iż pełnomocnictwo nie uprawnia do poświadczenia za zgodność z oryginałem kserokopii dokumentów. Taki wniosek jest nieuprawniony, albowiem całokształt pełnomocnictwa wskazuje na prawidłowość umocowania zawierając zwrot „do złożenia oferty”.

Na rozprawie Odwołujący przedłożył pismo procesowe informujące, iż podtrzymuje on odwołanie w całości oraz wnosi o nieuwzględnienie zarzutów, argumentów wniosków Zamawiającego oraz przystępujących do odwołania Wykonawców.

Dla wykazania zasadności zarzutu przygotowania i przeprowadzenia postępowania, w tym oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołujący złożył jako dowód w sprawie dokumenty dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn. „Przebudowa obiektów Płockiego Towarzystwa Wioślarskiego w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa i zagospodarowanie Płockiego Nabrzeża Wiślanego na cele turystyczno -rekreacyjne” oraz dokumenty z procesu cywilnego, zawierające jednoznaczne stanowisko Zamawiającego o braku możliwości sumowania zamówień dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu - posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wniesienia wadium, wobec twierdzeń Zamawiającego i przystępujących do postępowania Wykonawców, dodatkowo wyjaśnił, że podczas publicznego otwarcia ofert, na którym był obecny, w ofercie wykonawców wybranych nie było oryginału gwarancji ubezpieczeniowej wadium. Jest to okoliczność oczywista, wynikająca z przebiegu otwarcia ofert. Oferta wykonawców wybranych, była zbindowana w ten sposób, iż włożenie do oferty luźnej kartki gwarancji ubezpieczeniowej byłoby oczywiście widoczne,



bowiem dokument taki wystawałby poza ofertę na całej jej długości co najmniej jeden centymetr. Gdyby natomiast taki dokument był włożony luzem obok oferty, to także po otwarciu oferty nie sposób byłoby go nie zauważyć zarówno przez komisję przetargową, jak i wykonawców uczestniczących w publicznym otwarciu ofert. Nadto oryginał gwarancji ubezpieczeniowej nie został wskazany w wykazie dokumentów dołączonych do oferty. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie eksperymentu na rozprawie, przez włożenie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej do oferty celem naocznego ustalenia, iż tak włożony luzem do zbindowanego kompletu oferty dokument jest oczywiście widoczny zarówno dla komisji przetargowej, dokonującej otwarcia ofert, jak też dla wykonawców uczestniczących w publicznym otwarciu ofert. Podczas przeglądania przez Odwołującego dokumentów z przebiegu postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (w tym dwukrotnie wybranej oferty), nie znalazł on oryginału gwarancji ubezpieczeniowej. Na powyższą okoliczność została wykonana dokumentacja zdjęciowa przedmiotowej oferty, potwierdzająca powyższy fakt. Można stwierdzić z całą stanowczością, że oryginał wadium nie znajdował się w ofercie.

W przypadku dalszego podtrzymywania przez Zamawiającego twierdzenia, iż „zarzut niezłożenia oryginału gwarancji wadium jest kłamliwy”, rozważy on złożenie stosownych wniosków w odrębnym trybie do właściwych organów.

Zapis SIWZ jest jednoznaczny, iż w przypadku złożenia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (w innej formie, niż gotówkowa), wymagane jest złożenie oryginału dokumentu. Zamawiający od kilku lat w zapisach SIWZ dotyczących kolejnych przetargów konsekwentnie wymaga złożenia oryginału wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Ma to znaczenie dla zagwarantowania skutecznego wniesienia wadium, bowiem firmy ubezpieczeniowe mogą uwarunkować skorzystanie przez beneficjenta z uprawnień wynikających z gwarancji ubezpieczeniowej koniecznością przedstawienia oryginału gwarancji, czego na etapie przygotowania SIWZ nie sposób przewidzieć. Ewentualne powoływanie się zatem na poszczególne orzeczenia KIO, dopuszczające złożenie przez wykonawcę kserokopii ubezpieczeniowej, poświadczonej przez wykonawcę za zgodność z oryginałem, jako skuteczne wniesienie wadium, jest bezprzedmiotowe, bowiem orzeczenia odnoszą się do konkretnego stanu faktycznego, stanowiącego przedmiot oceny KIO w danym odwołaniu.

Wykonawcy, których oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, nie wnieśli wadium na zasadach określonych jednoznacznie w pkt 12 w rozdziale IX SIWZ, czyli w formie oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej wadium, zatem zgodnie z zapisem punktu 5 w rozdziale IX SIWZ powinni zostać wykluczeni z postępowania. Jednocześnie zasady sposobu przygotowania oferty określone w Rozdziale XI pkt 4 i 5 SIWZ stanowią, iż- wszystkie strony oferty powinny być kolejno ponumerowane, począwszy od numeru 1 na pierwszej stronie oferty, jak też kartki oferty powinny być

połączone w sposób uniemożliwiający dekompletację. Nie dopuszczono dokumentu oryginału wadium w postaci luźnych stron nie związanych trwale z ofertą.

Pełnomocnictwo udzielone Panu Stanisławowi W. zawiera 3 punkty, w których enumeratywnie, ściśle został określony przez mocodawcę zakres upoważnienia do działania w jego imieniu. Udzielający pełnomocnictwa rozdzielił czynności: podpisania oferty, wniesienia oferty i czynności poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów. Wywody zatem Zamawiającego są chybione; w czynności podpisania oferty, a następnie jej wniesienia do Zamawiającego nie mieści się czynność poświadczania za zgodność z oryginałem wymaganych dokumentów. Skoro udzielający pełnomocnictwa rozdzielił poszczególne czynności prawne oraz techniczne, do których wykonania w jego imieniu upoważnił pełnomocnika, to treści pełnomocnictwa nie można interpretować dowolnie, ale należy interpretować zgodnie z jego literalnym zapisem.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska zaprezentowane w pismach.

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w jego złożeniu. Skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Tego rodzaju działanie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie ustawy Pzp i mogłoby grozić powstaniem uszczerbku u Odwołującego w toku postępowania. Oferta

Odwołującego zajmuje drugie miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Tym samym, wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po sprawdzeniu przesłanek zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia i nie dopuściła zgłaszającego przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **Energopol-Południe S.A. z siedzibą w Sosnowcu (Lider konsorcjum) oraz Firmę Remontowo-Budowlaną „Lipowski” Sp. j. z siedzibą w Kostrogaju** (Partner konsorcjum) w charakterze uczestnika postępowania jako Przystępującego do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego z uwagi na niedotrzymanie terminu na zgłoszenie przystąpienia wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawcy w dniu 8 lipca 2011 roku zostali poinformowani o wniesieniu odwołania, natomiast zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożono w dniu 12 lipca 2011 roku, a więc po upływie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Budowa ulicy Granicznej II etap pomiędzy ulicami Otolińską i Wyszogrodzką”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/ S 85 -139075 z dnia 03.05.2011 roku.

Zgodnie z Rozdziałem VI SIWZ – *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie. W pkt 2. 1). SIWZ wskazano, że spełnianie tego warunku odbywać się będzie na podstawie złożonych dokumentów i oświadczeń, a ze złożonych dokumentów i oświadczeń wynikać musi, iż wykonawca zrealizował zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej:

- a) 1 zamówienie polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi publicznej o nawierzchni bitumicznej wraz z infrastrukturą o wartości minimum 20 000 000,00 zł brutto lub
- b) 2 zamówienia polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi publicznej

o nawierzchni bitumicznej wraz z infrastrukturą o łącznej wartości minimum 20 000 000,00 zł brutto

Zgodnie z pkt 3 powyższego rozdziału, jeżeli wykonawcy będą wspólnie ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, to warunek określony w pkt 1.1.pkt 2) musi spełniać przynajmniej jeden z Partnerów (w przypadku 1 zamówienia) lub mogą spełniać łącznie Partnerzy składający ofertę wspólną (w przypadku 2 zamówień).

W Rozdziale IX – *Wadium* - Zamawiający zaznaczył, że dowód wniesienia wadium w formie innej niż pieniężna należy załączyć do oferty w formie oryginału.

W Rozdziale XI – *Opis sposobu przygotowania oferty*, wskazano, że wszystkie strony oferty powinny być kolejno ponumerowane, kartki powinny być połączone w sposób uniemożliwiający dekompletację.

Wykonawca wybrany w postępowaniu (konsorcjum firm) złożył wraz z ofertą wykaz doświadczenia zawodowego na wzorze załącznika nr 4 przygotowanym przez Zamawiającego zawierający 2 pozycje wraz z listami referencyjnymi:

- 1) „Budowa dróg wraz z infrastrukturą towarzyszącą w dzielnicy Poniatów w Wałbrzychu" o wartości zamówienia brutto 8 540 000,00 zł
- 2) „Budowa dróg wraz z infrastrukturą w zachodniej części osiedla Borowiaczki (od ul. Harcerskiej w prawo) Etap I, ulice: Małopolska, Białowieska, Łomżyńska, Łowicka, Kurpiowska, Mazurska, Mazowiecka, Zgodna" o wartości zamówienia 13 156 566,93 zł brutto.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:**

**Zarzuty naruszenia wskazanych w petitum odwołania przepisów ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.**

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty wymagania stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08).

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Taka dyspozycja przepisu nie

może być jednak interpretowana w ten sposób, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy wykazać się doświadczeniem, wiedzą, potencjałem technicznym czy kadrowym na poziomie nie mniejszym niż wynikający z przedmiotu zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu jako element postępowania, od którego zależy udział wykonawców w postępowaniu powinien być formułowany w sposób tak jednoznaczny, aby jego interpretacja nie mogła zmierzać do nakładania na wykonawcę większych obowiązków niż wynikające z literalnego brzmienia postanowień dotyczących warunku.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, zauważyć należy, iż Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu szczegółowo, dodatkowo wskazując jak rozumiał będzie wykazywanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i w jaki sposób wykonawcy tacy mogą wykazać spełnianie postawionych warunków udziału.

Skoro zatem Zamawiający jest związany warunkami uczestnictwa w postępowaniu jakie ustanowił i ustalonym sposobem oceny ich spełnienia, dlatego też w trakcie oceny ofert nie może od nich odstępować w stosunku do niektórych wykonawców, bez narażenia się na słuszny zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby nie da się w prowadzonym postępowaniu wyczytać z brzmienia warunku, iż intencją Zamawiającego było, aby wymagane doświadczenie w przypadku wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie podlegało sumowaniu. Jeśliby taka była intencja Zamawiającego musiałaby ona znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a przytoczonego powyżej brzmienia warunku to nie wynika. W toku prowadzonej rozprawy również Odwołujący nie potrafił wskazać postanowień SIWZ lub ogłoszenia, które potwierdziłyby głoszoną przez niego tezę o zbieżności warunku udziału z przedstawioną argumentacją. W ocenie Izby powyższe nie może wynikać z faktu wykluczenia Odwołującego z innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego lub też faktu toczącego się sporu sądowego między stronami o zwrot wadium, tym bardziej, że sam Odwołujący w treści odwołania przyznaje, że w przywoływanym postępowaniu warunek udziału określony został w sposób „zbliżony”, co w ocenie składu nie oznacza, że warunek ten był identyczny. Odwołujący nie przytoczył nawet zapisów SIWZ w zakresie warunków udziału i sposobu ich oceny w przywoływanym postępowaniu, aby uprawdopodobnić fakt stawiania wykonawcom tożsamych wymagań. Przywoływane przez Odwołującego informacje pochodzące z innych postępowań nie mogą być w tym zakresie decydujące, ponieważ każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się pewną odrębnością i przeprowadzane jest na potrzeby konkretnego Zamawiającego, który konkretyzuje warunki udziału w postępowaniu, a przede wszystkim warunki dotyczące niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie natomiast z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W świetle przytoczonych wymagań SIWZ dotyczących treści warunków udziału w postępowaniu i wymaganego sposobu potwierdzania ich spełniania, biorąc pod uwagę informacje zawarte w dokumentach załączonych do oferty wybranego wykonawcy, skład orzekający Izby stwierdził brak podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu. Wykonawca prawidłowo wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się co najmniej: 2 zamówieniami polegającymi na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi publicznej o nawierzchni bitumicznej wraz z infrastrukturą o łącznej wartości minimum 20 000 000,00 zł brutto, które w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie można było spełniać łącznie.

Wskazywanie naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 58 § 1 i 3 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp nie zasługiwało na uwzględnienie. Po pierwsze uznać należy, że zarzuty odnoszące się do brzmienia warunku udziału w postępowaniu są spóźnione. Odwołujący nie może na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kwestionować zapisów, albowiem minął już termin korzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ. Jeżeli Odwołujący uważał, że zapisy te są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, nieproporcjonalne, czy też naruszają zasadę uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców, miał w określonym terminie możliwość wniesienia odwołania. Z możliwości tej nie skorzystał, a zatem warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu ich spełniania uznać należy za wiążący zarówno Zamawiającego, jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu. Co do naruszenia art. 58 Kc, to Odwołujący nie wykazał w jaki sposób i dlaczego sformułowanie warunków udziału jest dotknięte sankcją nieważności czynności prawnej.

**Odnośnie zarzutu dotyczącego sposobu wniesienia wadium**, w pierwszym rzędzie wskazać należy na brzmienie art. 45 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zaś jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż te kwoty, Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku formach przewidzianych ustawą Pzp. W przypadku wadium w pieniądzu jest ono skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert nastąpi uznanie kwoty wadium na wskazanym przez Zamawiającego rachunku. W przypadku wadium wnoszonego w formie innej niż pieniężna, np. gwarancji jest

ono skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert Zamawiający otrzyma stosowny dokument, a z jego treści wynikać będzie termin ważności co najmniej tożsamy z terminem związania ofertą.

Zgodnie natomiast z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert.

Spór niniejszej sprawy sprowadza się do kwestii, czy w wymaganym w SIWZ terminie, wykonawca wybrany wniósł do Zamawiającego skutecznie gwarancję ubezpieczeniową stanowiącą wadium w sposób wymagany przez Zamawiającego. W tej mierze Zamawiający i Odwołujący prezentują odmienne stanowiska w zakresie stanu faktycznego sprawy, to jest wniesienia wskazanego dokumentu do Zamawiającego. Zamawiający podaje, że otrzymał oryginał wskazanej gwarancji już w momencie złożenia oferty, jako dokument luźno załączony do oferty. Odwołujący wykazywał zaś, że w ofercie znajdowała się jedynie kserokopia gwarancji wadialnej, wbrew postanowieniom SIWZ, z których wynikał obowiązek załączenia dowodu wniesienia wadium w oryginale razem z ofertą. Oryginał gwarancji, w ocenie Odwołującego nie znajdował się w ofercie.

W pierwszej kolejności dostrzec można pewną rozbieżność stanowiska Odwołującego. Z jednej strony Odwołujący w odwołaniu wnioskuje o wykluczenie wykonawcy, a z drugiej strony stwierdza w odwołaniu i powtarza na rozprawie, iż zarzuty odnoszą się do formy złożenia dokumentu poświadczającego wniesienie wadium i niedotrzymania w tym zakresie zapisów SIWZ o obowiązku załączenia oryginału dokumentu do oferty.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że ciężar udowodnienia twierdzeń wyznacza art. 6 Kc. Stosownie do treści tego przepisu, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza. Ciężar ten spoczywa zatem na wykonawcy, składającym odwołanie, jako podmiocie posiadającym interes prawny w wykazaniu tej okoliczności.

Odwołujący dla wykazania, że wadium nie wniesiono musiałby wykazać, że do Zamawiającego nie wpłynęło wadium w terminie w formie oryginału. Faktem bezspornym między stronami jest, że w ofercie wybranego wykonawcy znajduje się jedynie kserokopia gwarancji ubezpieczeniowej. Zgodnie z zapisami SIWZ do oferty należało załączyć dowód wniesienia wadium w formie oryginału. Dowód taki znajduje się przy ofercie jako luźno załączony do niej dokument. Powyższe wynika z dokumentacji przesłanej do KIO przez Zamawiającego, jak też oryginału tejże dokumentacji okazanej podczas rozprawy. Wskazany dokument jest identyczny w swojej formie i treści z dokumentem dołączonym do oferty i znajdującym się stronie 89. Na dokumencie tym nie znajdują się żadne dodatkowe zapiski, adnotacje o wpłynięciu, złożeniu dokumentu. A zatem Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że dokumentu

gwarancji w oryginale nie było w ofercie w momencie sesji otwarcia ofert. Zamawiający nie ma obowiązku, zgodnie z postanowieniami Pzp, podczas sesji otwarcia ofert informować wykonawców o sposobie i formie wniesienia wadium w poszczególnych ofertach. Trudno również wyobrazić sobie, że podczas sesji otwarcia ofert Zamawiający dokonywał będzie w obecności wykonawców biorących udział w otwarciu ofert sprawdzania ich merytorycznej zawartości. Odwołujący oraz Zamawiający przyznali, iż strona odwołująca się trzykrotnie zapoznawała się dokumentacją z postępowania przetargowego, w tym z ofertami złożonymi w postępowaniu. Z czynności tych, w jakim zakresie nastąpiło udostępnienie materiałów, nie sporządzono żadnych protokołów lub notatek służbowych. Pierwsze udostępnienie ofert nastąpiło drugiego dnia po sesji otwarcia (oświadczenie Przewodniczącego komisji przetargowej). Odwołujący w żaden sposób nie sygnalizował podczas kolejnych spotkań braku oryginału dowodu wniesienia wadium w ofercie. Jeżeli brak taki zauważył podczas pierwszego z udostępnień, to w ocenie składu orzekającego, jak najbardziej uprawnionym byłby wniosek, zapytanie skierowane do Zamawiającego o wyjaśnienie tej kwestii. Odwołujący w sposób nieuprawniony, z góry założył, że oryginał gwarancji nie został załączony do oferty bowiem w ofercie znajdowała się jedynie kserokopia gwarancji ubezpieczeniowej, a dokumenty składające się na ofertę miały być trwale połączone. Nie przedstawił jednak żadnych dowodów, które uzasadniałyby prezentowaną tezę poza swoim oświadczeniem, że dokument taki został mu okazany dopiero podczas trzeciego udostępnienia dokumentacji. Z faktu tego jednakże nie można wywodzić, że dokument ten nie był złożony wraz z ofertą w terminie składania ofert. Stwierdzić należy, iż rzeczywiście Zamawiający nie dochował należytej staranności podczas udostępniania materiałów, w tym ofert z postępowania, zwłaszcza choćby nie zachowując zasady pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to jednak uchybienie formalne, które nie ma wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego wskazać należy, iż wykonawca wnoszący odwołanie nie wykazał, że wybrany wykonawca nie wniósł do terminu składania ofert dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w formie oryginału oraz że postąpił niezgodnie z zapisami SIWZ i z tego powodu winien być wykluczony z postępowania. Złożenie wraz z ofertą dokumentu luźno do niej dołączonego i trwale z nią nie połączonego, wbrew zaleceniom SIWZ, stanowić może jedynie uchybienie co do formy oferty, nie zaś co do jej treści i nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy, także wtedy gdy Zamawiający łączy z takim zachowaniem powyższy skutek.

Odnosząc się do tej części zarzutu dotyczącej formy złożonego dokumentu wadialnego i biorąc pod uwagę, że weryfikacja czy oferta została zabezpieczona wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej opierać się może wyłącznie na złożonych dokumentach, należało stwierdzić, iż rzeczywiście jedyną podstawą oceny, czy oferta wybranego wykonawcy została zabezpieczona wadium jest dokument gwarancji ubezpieczeniowej



w oryginale (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2010r. w sprawie o sygn. akt 1667/09). Skoro jednak Odwołujący nie wykazał, że dokument w oryginale nie został załączony do oferty, nie zaistniały okoliczności, które uzasadniałyby przyjęcie za prawidłowej tezy, iż oferta wybranego wykonawcy nie została zabezpieczona wadium i z tego powodu podlegał on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Rozpatrując ostatni z zarzutów odwołania dotyczący nieprawidłowości przedłożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa, skład orzekający Izby uznał zarzut za nieuzasadniony.**

Przy wyjaśnianiu treści pełnomocnictwa należy wziąć pod uwagę art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej Kc). Zgodnie z tym przepisem „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wytyczne dotyczące interpretacji oświadczeń woli zawarte są m.in. w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 roku (III CZP 66/95, OSNIC 12/95, poz. 168). Zgodnie z tą uchwałą wykładnia oświadczenia woli polega na ustaleniu ich znaczenia, czyli sensu i ma na celu ustalenie właściwej treści zawartej w oświadczeniu woli. Okoliczności, w których oświadczenie woli zostało złożone, mogą mieć istotny wpływ na wynik jego tłumaczenia, niejednokrotnie bowiem to one konstruują taką, a nie inną treść oświadczenia i określają zamierzone przez składającego je skutki.

Dostrzeżenia dalej wymaga, że przepis art. 2 ustawy Pzp zawierający definicje nie wyprowadza odrębnej definicji pełnomocnictwa. Z tego względu przy prawnej ocenie zarzutu zastosowanie znajdują na podstawie brzmienia art. 14 ustawy Pzp przepisy kodeksu cywilnego. Art. 96 Kc stanowi, że istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu. Oznacza to możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy. Na mocy natomiast art. 109 Kc, pełnomocnik może też odbierać oświadczenia kierowane do mocodawcy. O niezbędnej treści pełnomocnictwa stanowi art. 98 Kc rozróżniający pełnomocnictwo ogólne (do czynności zwykłego zarządu), rodzajowe (określające rodzaj czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu) oraz pełnomocnictwo szczególne udzielane dla dokonania poszczególnych czynności.

W ocenie Izby, z treści pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą wybranego wykonawcy, biorąc pod uwagę wszystkie zamieszczone w nim elementy i informacje (łącznie z pieczęciami i podpisami osób je podpisujących, wskazaniem podmiotu, który ten dokument wystawił, szczegółowym zakresem pełnomocnictwa) wynika, że zostało ono wystawione właściwie, a zatem uznać należało, że do oferty dołączono pełnomocnictwo prawidłowe.

Skład orzekający Izby nie mógł zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że

przedłożone pełnomocnictwo wskazuje, że pełnomocnik upoważniony został do „poświadczenia za zgodność z oryginałem załączonych do kserokopii dokumentów”, a więc nie został upoważniony do poświadczenia za zgodność z oryginałem kserokopii dokumentów stanowiących treść oferty oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału. Wywodzenie wniosku, że pełnomocnik uprawniony byłby do poświadczenia za zgodność z oryginałem tylko takich dokumentów, które były by załączone do kserokopii załączonych dokumentów pozbawione jest wszelkiej logiki. Nie sposób dopatrzeć się jakiemu celowi miałyby służyć udzielenie takiego pełnomocnictwa. Użycie w pełnomocnictwie przyimka „do” w wyrażeniu „poświadczenia za zgodność z oryginałem załączonych do kserokopii dokumentów” jest co najwyżej omyłką pisarską, która nie ma wpływu na treść pełnomocnictwa i zakres czynności, do dokonywania których upoważniony został wyznaczony pełnomocnik. Ponadto, co warto podkreślić, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący, osoba, której udzielono pełnomocnictwa poświadczała za zgodność z oryginałem dokumenty dotyczące jedynie Lidera konsorcjum, natomiast dokumenty pochodzące od Partnera konsorcjum i jego dotyczące poświadczał sam wykonawca, przedstawiciel Lider dokonywał jedynie ich podpisania. A zatem, jak słusznie zauważył Zamawiający, skoro pełnomocnik został upoważniony do „podpisania i złożenia oferty przetargowej wraz z załącznikami (...)”, a więc charakter dokonanych czynności mieści się w treści upoważnienia. Z pełnomocnictwa wynika szereg uprawnień dla pełnomocnika, które w pełni odpowiadają dokonany przez niego czynnościom w postępowaniu. Bez znaczenia dla ważności czynności udzielenia pełnomocnictwa pozostaje zaś okoliczność, czy użyto w nim oczekiwanego przez Odwołującego sformułowania.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu. Kwestionowane przez Odwołującego czynności i zaniechania Zamawiającego nie naruszają przepisów wskazanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż na podstawie art. 192 ust. 1 wskazanej ustawy odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności Zamawiającego nie potwierdziły się, a podjęte decyzje nie miały wpływu na wynik postępowania .

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15

marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**