

Sygn. akt: KIO 2732/11

WYROK
z dnia 3 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **SES Astra S.A. z siedzibą w Chateau de Betzdorf, L-6815 Betzdorf, Luksemburg** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Telewizja Polska S.A. Ośrodek - TVP Technologie, ul. J. P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2732/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SES Astra S.A. z siedzibą w Chateau de Betzdorf, L-6815 Betzdorf, Luksemburg** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SES Astra S.A. z siedzibą w Chateau de Betzdorf, L-6815 Betzdorf, Luksemburg** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Telewizja Polska S.A. Ośrodek - TVP Technologie z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dzierżawę pojemności satelitarnej na satelicie kontrybucyjnym dla potrzeb Telewizji Polskiej S.A. w zakresie przekazów DSNG — stała dzierżawa pojemności satelitarnej o minimalnej szerokości 36 MHz”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 198-322683 w dniu 14 października 2011 r.

Odwołujący: SES Astra S.A. z siedzibą w Chateau de Betzdorf, L-6815 Betzdorf, Luksemburg wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Telekomunikację Polską S.A. dokonanej w dniu 12 grudnia 2011 r., zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty będącej nieważną na podstawie art. 104 kodeksu cywilnego;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A. podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu nieudowodnienia dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnionymi temu wykonawcy przez podmiot trzeci;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia oceny ofert;
- 2) wykluczenia wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A. z postępowania;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A.

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty będącej nieważną na podstawie art. 104 kodeksu cywilnego.

Oferta wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A. została podpisana i wniesiona przez osobę nieupoważnioną w świetle złożonego wraz z ofertą dokumentu pełnomocnictwa. Załączone pełnomocnictwo (str. 7 oferty) wskazuje, iż pełnomocnik nie jest upoważniony do samodzielnego działania w zakresie składania i podpisywania ofert w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Pełnomocnictwo wymaga łącznego działania pełnomocnika wraz z Dyrektorem Kontrolingu Grupy TP lub osobą przez niego upoważnioną.

Z analizy oferty wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A. wynika, iż została ona podpisana przez p. Leszka H, a więc pełnomocnika wskazanego w dokumencie pełnomocnictwa z dnia 19 sierpnia 2011 r., co oznacza, iż oferta została złożona przez osobę działającą z przekroczeniem umocowania, a więc nieuprawnioną do działania w imieniu spółki Telekomunikacja Polska S.A. Zgodnie z art. 104 k.c., jednostronna czynność prawna - złożenie oferty - przez osobę do tego nieupoważnioną lub działającą z przekroczeniem zakresu umocowania jest bezwzględnie nieważna. W konsekwencji, stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 104 k.c., oferta Telekomunikacji Polskiej S.A. jako nieważna podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że w analizowanej sytuacji nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż w odniesieniu do pełnomocnictwa przepis ten dotyczy jedynie dokumentu pełnomocnictwa, tj. wymogu legitymowania się przez pełnomocnika stosownym dokumentem pełnomocnictwa na dzień podpisania oferty, a nie czynności prawnej udzielenia pełnomocnictwa. Z wykładni gramatycznej tego przepisu wynika, że odnosi się on jedynie do kwestii dowodowych, zwłaszcza do wykazania, że w imieniu wykonawcy działa osoba należycie umocowana. Artykuł ten nie odnosi się do skutków czynności prawnej dokonanej bez należytego upoważnienia lub z przekroczeniem jego zakresu. Sankcją dokonania takiej czynności - na podstawie art. 104 kodeksu cywilnego - jest jej bezwzględna nieważność. Odwołujący wskazał także, iż na gruncie ustawy Pzp nie jest dopuszczalne zastosowanie mechanizmu ze zdania drugiego art. 104 k.c., tj. przyjęcie, że zamawiający zgadza się lub może się zgodzić na działanie składającego ofertę bez umocowania.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b Pzp, przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu nieudowodnienia dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnionymi przez podmiot trzeci.

Odwołujący podniósł, że w punkcie 7.3 siwz zamawiający przewidział możliwość realizacji zamówienia przez wykonawcę w oparciu o wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia lub zdolności finansowe innych podmiotów. W takiej sytuacji, wykonawca zobowiązany został do udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Postanowienie to stanowi powtórzenie przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

Ze złożonej przez Telekomunikację Polską S.A. oferty wynika, że warunek ten nie został spełniony, gdyż: do oferty załączono lakoniczne oświadczenie, iż wykonawca

zamierza powierzyć podwykonawcy część zamówienia dotyczącą zapewnienia pojemności w paśmie 36 MHz na satelicie kontrybucyjnym w zakresie przekazów DSNG (strona 6 oferty). Oświadczenie to nie spełnia warunku wskazanego w punkcie 7.3 siwz i w art. 26 ust. 2b Pzp. Telekomunikacja Polska S.A. nie udowodniła dysponowania zasobami podwykonawcy niezbędnymi do realizacji zamówienia, co stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i odrzucenia oferty.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

W świetle przytoczonych argumentów, złożenie oferty przez spółkę Telekomunikacja Polska S.A. stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że składając ofertę, musiał zabezpieczyć na okres 60 dni (tj. okres związania ofertą) możliwość udostępnienia swoich zasobów na rzecz zamawiającego, co wywiera określone skutki finansowe w związku z brakiem możliwości oferowania przedmiotowych zasobów w tym okresie innym klientom. Telekomunikacja Polska S.A. takiego zobowiązania w ogóle nie podjęła. W ten sposób odwołujący pozbawiony został możliwości swobodnego oferowania innym klientom swoich zasobów w okresie związania ofertą złożoną zamawiającemu.

W dniu 22 grudnia 2011 r. wykonawca Telekomunikacja Polska SA zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wyjaśnił, że uzupełnił dokument pełnomocnictwa dla p. L. H. wystawiony w dniu 31 marca 2008 r., z którego wynika, że jest on nieprzerwanie umocowany do reprezentowania przystępującego w zakresie wszelkich czynności w postępowaniach w sprawie zamówień publicznych, w tym w szczególności podpisywania ofert o wartości do 5 000 000 euro, bez podatku od towarów i usług. Do oferty omyłkowo jedynie załączono pełnomocnictwo do podpisywania ofert o wartości do 15 000 000 euro, z którego wynikał obowiązek działania wspólnego z Dyrektorem Pionu Kontrolingu. Przystępujący wskazał także, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dokonał konkretyzacji żadnego z warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust. 1 Pzp, a co za tym idzie nie opisał sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagając, zgodnie z pkt 7.2 siwz złożenia jedynie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Był to jedyny dokument wymagany w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający złożył w dniu 23 grudnia 2011r. odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp stwierdził, że jest on bezzasadny w świetle dokumentów złożonych przez Telekomunikację Polską S.A. Zamawiający wyjaśnił, iż zauważył brak pełnomocnictwa, które upoważniałoby p. Leszka H do samodzielnego działania w imieniu Spółki Telekomunikacja Polska S.A. w zakresie złożenia i podpisania oferty złożonej w dniu 30 listopada 2011 r. Zamawiający w dniu 2 grudnia 2011 r., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa, z którego treści wynikałoby, że p. Leszek H jest uprawniony do samodzielnego dokonania czynności złożenia i podpisania oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca uzupełnił stosowny dokument, z treści którego jednoznacznie wynika, że p. Leszek H posiadał pełnomocnictwo udzielone w dniu 31 marca 2008 r. zgodnie z zasadami reprezentacji Spółki Telekomunikacja Polska S.A., potwierdzające, że był należycie umocowany do czynności samodzielnego reprezentowania wykonawcy w zakresie podpisania i złożenia oferty w dniu 30 listopada 2011 r.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust 2b Pzp, przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu nieudowodnienia dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnionymi przez podmiot trzeci, zamawiający wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, mocą oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, wskazuje że spełnia te warunki i w przypadku gdy nie musi polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, nie jest zobowiązany do udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a tym samym przedstawiania zobowiązania podmiotów trzecich do ich udostępnienia wykonawcy na mocy art. 26 ust. 2b Pzp. Zamawiający przyjmuje takie oświadczenie i nie może poddawać w wątpliwość jego prawdziwości, szczególnie gdy tak jak w przedmiotowym postępowaniu nie postawił szczególnych warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp i nie wymagał dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, poza oświadczeniem. Wiązanie faktu złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że zamierza powierzyć podwykonawcy część zamówienia, z obowiązkiem udowodnienia, iż będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, jest pozbawione podstaw prawnych, gdyż to oświadczenie nie jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp i nie ma ono na celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jest wypełnieniem normy określonej w art. 36 ust 5 w związku z art. 36 ust 4 Pzp.

W świetle zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 Pzp, zamawiający stwierdził, że w jego interesie nie jest faworyzowanie któregokolwiek z wykonawców, lecz wybór wykonawcy, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę, gwarantującą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem zamawiającego, fakt, że wykonawca jest związany ofertą przez okres 60 dni i tym samym musi „zamrozić” możliwość udostępniania swoich zasobów innym klientom, dotyczy każdego z wykonawców składających ofertę, niezależnie od tego czy podejmuje takie zobowiązanie opierając się o własne zasoby czy też zamówienie będzie realizowane z udziałem podwykonawców lub bez ich udziału. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie udowodnił naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

W piśmie procesowym złożonym w dniu 29 grudnia 2011 r. odwołujący podniósł, że pełnomocnictwo z dnia 19 sierpnia 2011 r. jako późniejsze zastępuje pełnomocnictwo z dnia 31 marca 2011 r. Kwotowo obejmuje szerszy zakres, gdyż umocowuje do czynności w ramach zamówień publicznych do równowartości kwoty 15 000 000 euro. Pełnomocnictwo to wymaga przy tym działania łącznego dwóch osób p. L. H i dyrektora działu kontrolingu lub osoby przez niego upoważnionej.

Odnosnie spełniania przez TP S.A. warunków udziału w postępowaniu odwołujący wskazał, że oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu było wystarczające wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca nie musi polegać na zasobach podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia. W przeciwnym razie wymagane jest udowodnienie zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego i złożenie stosownego zobowiązania, którego TP S.A. nie złożyła. Odwołujący podkreślił, że przystępujący nie posiada możliwości technicznych ani zasobów wystarczających do samodzielnej realizacji przedmiotowego zamówienia, a zatem konieczne będzie skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, tj. dostawcy usług satelitarnych. Tym samym oświadczenie złożone przez TP S.A. w tym zakresie należy uznać za nieprawdziwe.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, co potwierdza legitymację odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, tj. zgodnie z wymogami art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp. Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego złożenia przez wykonawcę Telekomunikacja Polska S.A. nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, który to zarzut nie był zawarty w odwołaniu, a został podniesiony w piśmie procesowym odwołującego z dnia 29 grudnia 2011 r. i podtrzymany na rozprawie.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Telekomunikacja Polska S.A. jako nieważnej na podstawie art. 104 kodeksu cywilnego.

Oferta złożona przez wykonawcę Telekomunikacja Polska S.A. została podpisana przez p. Leszka H. Do oferty zostało załączone pełnomocnictwo z dnia 19 sierpnia 2011r. (str. 7 oferty), upoważniające p. Leszka H do składania i podpisywania ofert (pkt 1 pełnomocnictwa) oraz zawierania umów (pkt 8 pełnomocnictwa) w sprawie zamówienia publicznego. W pełnomocnictwie zostało zawarte zastrzeżenie, że wartość czynności, o których mowa w pkt 1 i 8 nie może przekraczać równowartości w złotych kwoty 15 000 000 euro bez podatku od towarów i usług. Ponadto, zgodnie z treścią pełnomocnictwa do dokonania czynności, o których mowa w pkt 1 i 8 wymagane jest łączne działanie z Dyrektorem Kontrolingu Grupy TP lub osobą przez niego upoważnioną. W pełnomocnictwie wskazano, że niniejsze pełnomocnictwo wygasa z chwilą ustania stosunku pracy lub zmiany stanowiska pełnomocnika.

Zgodnie z określonym w pełnomocnictwie sposobem wykonywania czynności, tj. wymogiem łącznego działania z inną osobą, należy uznać, iż na podstawie tego pełnomocnictwa p. Leszek H nie był upoważniony do samodzielnego podpisania oferty złożonej przez Telekomunikację Polską S.A.

Zamawiający w dniu 2 grudnia 2011 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa potwierdzającego umocowanie p. Leszka H do samodzielnego podpisania oferty w imieniu wykonawcy.

Przystępujący, na wezwanie zamawiającego, złożył w dniu 5 grudnia 2011 r. dokument pełnomocnictwa dla p. Leszka H wystawiony w dniu 31 marca 2008 r. W pkt 1 ww. pełnomocnictwa wskazano umocowanie do składania i podpisywania ofert, natomiast w dalszej treści pełnomocnictwa - że wartość czynności, o której mowa w pkt 1 (i pkt 8 - zawieranie umów w sprawie zamówienia publicznego) nie może przekraczać równowartości w złotych kwoty 5 000 000 euro bez podatku od towarów i usług. W pełnomocnictwie wskazano, że pełnomocnictwo wygasa z chwilą ustania stosunku pracy pełnomocnika. Pełnomocnictwo zostało podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji Spółki TP S.A. Przystępujący wyjaśnił, że do oferty omyłkowo jedynie załączono pełnomocnictwo do podpisywania ofert o wartości do 15 000 000 euro, z którego wynikał obowiązek działania wspólnego z Dyrektorem Pionu Kontrolingu. Uzupełniając pełnomocnictwo wykonawca TP S.A. potwierdził, że p. Leszkowi H zostało udzielonych wiele pełnomocnictw, a jednym z nich jest pełnomocnictwo z 31 marca 2008 r. Potwierdził zatem, że pełnomocnictwo z 31 marca 2008 r. jest ważne i nie zostało przez Spółkę odwołane.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba uznała, że zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 26 ust. 3 Pzp wzywając wykonawcę TP S.A. do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa dla p. Leszka H do podpisania oferty w imieniu tego wykonawcy. Przepis ten ma bowiem zastosowanie wówczas, gdy wykonawca nie złożył pełnomocnictw lub złożył wadliwe pełnomocnictwa. Uzupełnieniu podlega dokument pełnomocnictwa, składany w celu udokumentowania faktu umocowania pełnomocnika, działającego w imieniu wykonawcy, do podpisania i złożenia oferty.

Ponadto, Izba stwierdziła, że uzupełniony przez wykonawcę w dniu 5 grudnia 2011r. dokument pełnomocnictwa z dnia 31 marca 2008 r. potwierdza, że p. Leszek H na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu zgodnie z zasadami reprezentacji Spółki Telekomunikacja Polska S.A. był umocowany do samodzielnego złożenia i podpisania oferty tego wykonawcy. Izba zważyła, że pełnomocnictwo powyższe nie wygasło i nie zostało odwołane przez mocodawcę, a zatem pozostaje w mocy. Dokument pełnomocnictwa stanowi dowód udzielenia pełnomocnictwa oraz zakresu umocowania z niego wynikającego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 maja 2001 r. sygn. akt IV CKN 354/00 „udzielenie pełnomocnictwa jest jednostronną czynnością prawną o charakterze upoważniającym. Czynność ta upoważnia pełnomocnika (daje mu kompetencję) do dokonywania czynności prawnych w imieniu i ze skutkiem dla mocodawcy. Umocowanie to trwa, co do zasady, tak długo, jak długo pełnomocnictwo nie zostanie odwołane (art. 101 § 1 in princ. k.c.), bądź dopóty, dopóki nie nastąpi śmierć mocodawcy lub pełnomocnika (art. 101 § 2 in princ. k.c.)”. Fakt, iż w dniu 19 sierpnia 2011 r. tej samej osobie zostało udzielone kolejne pełnomocnictwo do działania w zakresie szerszym, a sposób wykonywania czynności określonych w pełnomocnictwie został ustalony jako łączny z inną osobą, nie

dowodzi uchylenia (wygaśnięcia lub odwołania) pełnomocnictwa udzielonego tej osobie w dniu 31 marca 2008 r.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że z faktu, iż późniejsze pełnomocnictwo ma szerszy zakres oraz inaczej reguluje sposób wykonywania czynności (działanie łączne z inną osobą), do których upoważnia, niż pełnomocnictwo z 31 marca 2008r., należy wywodzić, że pełnomocnictwo późniejsze zastępuje pełnomocnictwo udzielone wcześniej. Izba zważyła, że zastosowanie reguł interpretacyjnych obowiązujących przy tłumaczeniu treści oświadczeń woli (art. 56 i 65 § 1 k.c.) nie może prowadzić do zmiany treści, która została w pełnomocnictwie zawarta lub też do uzupełnienia treści pełnomocnictwa o taką, która nie została w nim zawarta. W szczególności reguły interpretacyjne nie mają zastosowania wówczas, gdy treść oświadczenia woli (tu pełnomocnictwa) jest jednoznaczna i została jasno i wyraźnie wyrażona w formie pisemnej. Interpretacji, zgodnie z art. 56 i 65 § 1 k.c., może podlegać treść pełnomocnictwa wówczas, gdy jego zakres nie został jednoznacznie określony i konieczne jest ustalenie rzeczywistej woli mocodawcy. Zauważyć także należy, że zmiana zakresu udzielonego pełnomocnictwa dokonuje się przez odwołanie dotychczasowego pełnomocnictwa oraz udzielenie pełnomocnictwa w innym (zmienionym) zakresie i wymaga wyraźnego zaznaczenia tego faktu w treści pełnomocnictwa. Jak wynika z treści pełnomocnictwa z 19 sierpnia 2011 r. nie zawiera ono żadnych stwierdzeń odnoszących się do wcześniej udzielonych p. Leszkowi H pełnomocnictw. Odwołujący nie przedstawił także dowodów w celu wykazania, że pełnomocnictwo z dnia 31 marca 2008 r. wygasło bądź zostało odwołane przez mocodawcę. W tych okolicznościach należało uznać, że na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 marca 2008 r. p. Leszek H był umocowany do podpisania i złożenia oferty w imieniu wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Izba uznała, że niezasadny jest także zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b Pzp, wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy TP S.A. z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą z powodu nieudowodnienia przez Telekomunikację Polską S.A. dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnionymi przez podmiot trzeci.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp, o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 1- 4 tego przepisu. Przepis ten zawiera ogólne (blankietowe) określenie warunków udziału w postępowaniu, które nabierają konkretnej treści każdorazowo w wyniku czynności zamawiającego podejmowanej w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z zasadami określonymi w art. 22 ust. 3 i 4 Pzp. To na zamawiającym

spoczywa decyzja (czynność) odnośnie opisanego sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1. Zamawiający jest zobowiązany zamieścić stosowną informację (w przypadku przetargu nieograniczonego) w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując przy tym jakie dokumenty wykonawcy muszą złożyć w celu potwierdzenia spełniania określonych warunków. Dokonany przez zamawiającego w danym postępowaniu opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi następnie podstawę do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w danym postępowaniu. Ocena może być dokonywana wyłącznie w oparciu o wymagane dokumenty, wskazane przez zamawiającego w ogłoszeniu i siwz. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawarty w ogłoszeniu i siwz jest wiążący zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego i nie może być zmieniony na etapie oceny. W powyższym zakresie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma formalistyczny charakter, który przejawia się w szczególności w tym, że dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, zamawiający nie może wyjść poza zakres opisanego w ogłoszeniu i siwz sposobu dokonywania oceny spełniania warunków.

W przedmiotowym postępowaniu w punkcie 7.1 siwz zamawiający wskazał warunki udziału w postępowaniu cytując treść przepisu art. 22 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie dokonał konkretyzacji warunków, w tym w pkt 7.1.3 nie opisał np. jakim konkretnym potencjałem technicznym musi dysponować wykonawca, aby mógł ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Podobnie, zamawiający nie sprecyzował warunków udziału w postępowaniu w pozostałym zakresie. Zamawiający w ogłoszeniu (sekcja III.2.1 pkt 2) i siwz (pkt 7.3) wskazał jednoznacznie, że „jako spełnione warunki udziału w postępowaniu, określone w art. 22 ust. 1 Ustawy na podstawie oświadczenia Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.”

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu polegało na przedłożeniu stosownego oświadczenia o ich spełnieniu. Wykonawca, który składa wymagane oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, potwierdza, że je spełnia. Zamawiający nie może kwestionować faktu wykazania spełniania warunków przez wykonawcę w przypadku, gdy tak jak w przedmiotowym postępowaniu, nie dokonał konkretyzacji warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp oraz nie wymagał innych dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, poza oświadczeniem.

W przedmiotowym postępowaniu (sekcja III.2.1 pkt 3 ogłoszenia, pkt 7.3 siwz), cytując treść art. 26 ust. 2b Pzp, zamawiający wskazał także możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę w oparciu o wiedzę

i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia lub zdolności finansowe innych podmiotów. W takiej sytuacji, wykonawca zobowiązany został do udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Podkreślić należy, że przepis ten ma zastosowanie wówczas, gdy wymagania zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków dokonany przez zamawiającego, przekraczają własne zasoby i potencjał wykonawcy, który może posłużyć się zasobami udostępnionymi mu przez inny podmiot w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku wykonawca musi udowodnić, że będzie dysponował wymaganymi zasobami i w tym celu może złożyć pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wskazać trzeba przy tym, że pojęcie „niezbędne zasoby” należy rozumieć w kontekście konkretnych wymagań (warunków udziału) określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu i siwz.

Skoro zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie określił konkretnych wymagań związanych z przedmiotem zamówienia i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do realizacji zamówienia lub zdolności finansowej, które wykonawcy muszą spełniać, a wymagał złożenia wyłącznie ogólnego oświadczenia w powyższym zakresie, to na etapie oceny spełniania warunków nie może wymagać wykazania spełniania warunków, których opis sposobu oceny należałoby wywodzić (na etapie oceny spełniania warunków) biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, o co de facto wnosili odwołujący. Ryzyko, że oferty złożą wykonawcy, którzy mogą nie posiadać wystarczającego potencjału pozwalającego na należyte zrealizowanie zamówienia leży w takim przypadku po stronie zamawiającego, który dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców wyłącznie na podstawie ogólnego oświadczenia wykonawcy. Brak sprecyzowania warunków przez zamawiającego może bowiem oznaczać, że o zamówienie będzie ubiegał się wykonawca, który według subiektywnej (własnej) oceny posiada możliwości realizacji zamówienia, natomiast w rzeczywistości nie będzie w stanie wykonać prawidłowo przedmiotu zamówienia. Powyższe okoliczności nie były jednak przedmiotem rozpoznania przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 7 Pzp.

Skoro zatem obowiązek wykazania dysponowania przez wykonawcę zasobami innego podmiotu, stosownie do art. 26 ust. 2b Pzp zachodzi wówczas, gdy wykonawca samodzielnie nie jest w stanie wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu, to tym

samym w przypadku gdy wykonawca składa wymagane oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, nie ma podstaw by uznać, że warunków tych samodzielnie nie spełnia. Należy wskazać również, że dysponowanie zasobami innego podmiotu w trybie art. 26 ust. 2b Pzp nie musi łączyć się z udziałem tego podmiotu w realizacji zamówienia. A contrario, udział podmiotu w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa nie musi oznaczać, że wykonawca samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i musi korzystać z zasobów tego podmiotu (podwykonawcy) do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie wykonawcy odnośnie zamiaru powierzenia podwykonawcy realizacji części zamówienia nie ma na celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - jest wypełnieniem normy określonej w art. 36 ust 5 w związku z art. 36 ust 4 Pzp.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, wobec złożenia przez spółkę Telekomunikacja Polska S.A. oferty, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zamawiający dopuścił do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Izba wskazuje, że każdy z wykonawców składając ofertę jest nią związany przez określony czas. W przedmiotowym postępowaniu termin związania ofertą wynosi 60 dni. Na ten czas wykonawcy ubiegający się o zamówienie muszą zabezpieczyć gotowość udostępnienia swoich zasobów na rzecz zamawiającego, co może wywierać pewne skutki finansowe w związku z brakiem możliwości oferowania tych zasobów w tym samym czasie innym klientom. Wykonawca Telekomunikacja Polska S.A. złożył w ofercie stosowne oświadczenie o związaniu ofertą w wymaganym okresie (pkt 7 formularza ofertowego). Twierdzenie odwołującego, że takiego zobowiązania TP S.A. w ogóle nie podjęła nie znajduje zatem potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Oświadczenie o związaniu ofertą dotyczy każdego z wykonawców składających ofertę, niezależnie od tego czy podejmuje się wykonania zamówienia samodzielnie, opierając się na własnych zasobach, czy też zamówienie zamierza zrealizować polegając na zasobach innych podmiotów lub też zrealizować zamówienie z udziałem albo bez udziału podwykonawców. Wszystkie powyższe sposoby realizacji zamówienia są dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie. Podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wyłączył możliwości powierzenia przez wykonawców realizacji zamówienia podwykonawcom w jakiegokolwiek części zamówienia, co oznacza, że wykonawcy mogli zaoferować wykonanie zamówienia z udziałem podwykonawcy w dowolnym zakresie. W tym stanie rzeczy złożenie oferty przez TP S.A., w której wykonawca zaoferował realizację zamówienia z udziałem podwykonawcy nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Nie została także naruszona w tym zakresie zasada

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż każdy z wykonawców mógł swobodnie, według własnego uznania, zaoferować sposób realizacji zamówienia. Fakt, że odwołujący nie skorzystał w swojej ofercie z takiej możliwości wynika wyłącznie z własnej decyzji tego wykonawcy.

W oparciu o powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: