

Sygn. akt: KIO 2604/12

WYROK
z dnia 12 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa
Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 grudnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Komunalnej ECOKOM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboszycach, ul. Opolska 21** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Lasowice Wielkie w Lasowicach Wielkich 99**

przy udziale **wykonawcy MPM Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Namysłowie, ul. Partyzantów 1**, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2604/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddała odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Komunalnej ECOKOM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboszycach, ul. Opolska 21** i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Komunalnej ECOKOM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboszycach, ul. Opolska 21** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej dla wsi Chudoba i Wędrynia, Gmina Lasowice Wielkie zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 lipca 2012r. za numerem 2012-270410.

W dniu 23 listopada 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. MPM Development Sp. z o.o., ul. Partyzantów 1, 46-100 Namysłów oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Ecomkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboszycach, ul. Opolska 21 na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że unieważnia wybór oferty tego wykonawcy z dnia 5 października 2012r., gdyż w dniu 17 sierpnia 2012r. błędnie ocenił dokument dotyczący zobowiązania podmiotu trzeciego. Dokument ten został przedłożony w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, a zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) udowodnienie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego powinno następować w szczególności poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania takiego podmiotu do oddania zasobów. Wymóg ustawy znajduje odzwierciedlenie w opinii prawnej UZP z dnia 17 lipca 2012r. oraz w orzecznictwie Izby sygn. akt KIO/UZP 447/11, 449/11, 822/11, 1106/11 i 1111/11. Z tego względu w ocenie zamawiającego wykonawca Ecomkom podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. Ponadto zamawiający wskazał, że upłynął okres związania ofertą i brak jest zabezpieczenia oferty wadium, co skutkuje wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Zamawiający wskazał, że okres związania ofertą Ecomkom minął w dniu 8 października 2012r. W dniu 9 października 2012r. do zamawiającego faksem (pisemnie w dniu 10 października 2012r.) wpłynęło oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu związania ofertą oraz w dniu 10 października 2012r. wpłynął aneks nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium z dnia 9 października 2012r. Oferta Ecomkom w ocenie zamawiającego nie była zabezpieczona wadium w okresie od 8 października 2012r. do dnia wydania aneksu i do dnia wpływu tego aneksu do zamawiającego. Ponadto wykonawca przestał być związany ofertą, gdyż oświadczenie o przedłużeniu związania wpłynęło po upływie terminu związania.

W dniu 27 listopada 2012r. na czynność odrzucenia oferty odwołanie wyniósł Ecomkom. Odwołujący zarzucił tej czynności zamawiającego naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i 24 ust. 2 pkt 2 PZP i wniósł o jej uchylenie.

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 5 października 2012r. zamawiający dokonał zgodnego z ustawą oraz Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (siwz) wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez odwołującego się. Zaskarżoną z kolei czynnością zamawiający dokonał sprzecznej z ustawą, bo nieznaną ustawie, czynności, polegającej na „unieważnieniu wyboru” tej właśnie najkorzystniejszej oferty. Ustawa, w ocenie odwołującego, nie przewiduje instytucji unieważnienia wyboru oferty, a jedynie unieważnienie postępowania. Już więc z samej tej przyczyny czynność zamawiającego winna podlegać uchyleniu jako niedopuszczalna, bo na tym etapie postępowania nie mająca żadnej podstawy prawnej. Nadmieniał, iż kwestia wyboru oferty odwołującego się była już przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KI0 2195/12, a to na skutek odwołania wniesionego przez innego z wykonawców, kwestionującego wybór oferty ECOKOM sp. z o.o., jednak odwołanie to nie zostało uwzględnione.

W ocenie odwołującego uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia odwołującego jest wynikiem nie dość skrupulatnej i jednocześnie błędnej analizy treści posiadanych dokumentów jak i wadliwej wykładni obowiązujących przepisów.

W odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy odwołujący podniósł, że podstawa wykluczenia oparta jest na nieporozumieniu. Zamawiający przeoczył, iż stosownie do obowiązującej w niniejszym postępowaniu Specyfikacji (punkt XI.2 „Dokumenty, o których mowa w rozdziale XI niniejszej specyfikacji, należy przedstawić w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy”. Oczywiście, przedmiotowe zobowiązanie odwołujący przedłożył w takiej właśnie formie - kopii poświadczonej przez organ ECOKOM sp z o.o., czyli zarząd. Tak więc jego zachowanie było zgodne z SIWZ.

W zakresie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy odwołujący wskazał, że przepis, na który powołuje się zamawiający stwierdza, że wykluczeniu podlega oferta Wykonawcy, który:

- a) nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo
- b) nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą;

W przypadku odwołującego, jego zdaniem, żaden z powyższych przypadków nie zachodzi.

Odwołując wniósł wadium w postaci Gwarancji Ubezpieczeniowej zapłaty wadium wydanej przez TUZ Ubezpieczenia. Nie zaszedł również przypadek opisany w art. 46 ust.3 PZP, gdyż Zamawiający nigdy nie zażądał ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę. Odwołującemu nigdy wadium nie zwrócono, ani też nie żądano od niego ponownego jego wniesienia, co mogłoby stanowić podstawę wykluczenia jego oferty. Odwołujący nie był także wzywany do przedłużenia terminu związania ofertą i wniesienia wadium na nowy przedłużony okres. Jedynie w przypadku skierowania takiego wezwania przez

zamawiającego, w przypadku nie zastosowania do niego przez wykonawcę, może zająć przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Dla wzmocnienia swego stanowiska powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 marca 2012r. w sprawie KIO 459/12. Podniósł, że nie był pytany o przedłużenie związania ofertą, ale z własnej inicjatywy przesłał zamawiającemu stosowne oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą faksem 9 października 2012r., a następnie złożył mu je osobiście 10 października; wraz z oświadczeniem złożył również wystawiony przez ubezpieczyciela Aneks nr 2 do Gwarancji Ubezpieczeniowej, obejmujący okres od 10 sierpnia do 7 listopada 2012r.

Podkreślił, że zamawiający nigdy nie zwrócił wadium odwołującemu; jedynie pismem z 25 września b.r., skierowanym - co istotne - do TUZ Oddział Wrocław, przesłał mu (nie wiadomo w jakim celu) gwarancję ubezpieczeniową. O ocenie odwołującego nie było podstawy do odrzucenia oferty i wykluczenia odwołującego.

Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 listopada 2012r. uzupełnionego pełnomocnictwem z dnia 30 listopada 2012r. Oba pełnomocnictwa zostały udzielone przez prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 26 listopada 2012r. faksem.

W dniu 27 listopada 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30 listopada 2012r. do Prezesa Izby wpłynęło pisemne zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego wniesione przez wykonawcę MPM Development spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Namysłowie, ul. Partyzantów 1 – dalej przystępujący. Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania pozbawiłoby go możliwości uzyskania zamówienia. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt.2 ustawy, gdyż zostało wniesione przez podmiot nie uprawniony oraz o oddalenie odwołania ze względu na fakt, że zawarte w nim zarzuty są bezpodstawne i stanowią nadinterpretację przepisów prawa ustawy. W uzasadnieniu wskazał, że

Z treści pełnomocnictwa dla pełnomocnika podpisującego odwołanie z dnia 26 listopada 2012r. wynika, że upoważnia ono wskazaną osobę do reprezentowania spółki ECOKOM „ w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...) Pełnomocnictwo niniejsze upoważnia także do b) złożenia skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki, c) złożenie skargi kasacyjnej oraz

udziału w postępowaniu sądowym przed SN oraz NSA wywołanym wniesieniem skargi, d) złożenia skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia oraz udziału w postępowaniu sądowym przed SN wywołanym wniesieniem skargi. " Z treści tego pełnomocnictwa, w ocenie przystępującego, w żaden sposób nie można wywieść, że Adwokat A..... S....., który podpisał przedmiotowe odwołanie był do tej czynności upoważniony. Jak wynika z powyższego pełnomocnictwo to zawiera w swej treści ograniczony katalog czynności, do dokonywania których Adwokat A..... S..... był upoważniony, co wskazuje, że pełnomocnictwo to ma charakter zamknięty. Udzielone pełnomocnictwo w swej treści nie zawiera upoważnienia do składania środków ochrony prawnej. Faktem jest, że pełnomocnictwo zawiera ogólne stwierdzenie dotyczące upoważnienia Adwokata A..... S..... do reprezentowania ECOKOM sp. z.o.o. w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to jednak czynność składania środków ochrony prawnej, w tym w szczególności złożenie odwołania nie należy traktować jako czynność podejmowaną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartą w art.2 pkt 7a ustawy Pzp postępowanie to kończy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem złożenie odwołania na tę czynność wymagałoby odrębnego umocowania - w niniejszej sprawie załączone do odwołania pełnomocnictwo nie uprawniało do reprezentacji wniesienia odwołania, tylko upoważniało do dokonywania ściśle określonych w tym pełnomocnictwie czynności i nie uprawniało do wniesienia odwołania. Stanowisko przystępującego poparł on postanowieniem KIO z 17.11.2010 r. (Sygn. akt KIO/2414/10), wyrokiem KIO z dnia 17.01.2012 r. sygn. akt. KIO 35/12. Odwołujący w ostatnim orzeczeniu zwrócił także uwagę na stanowisko Izby dotyczące braku podstawy prawnej do uzupełnienia braku formalnego w postaci załączenia pełnomocnictwa nie wskazującego na umocowanie do wnoszenia środków ochrony prawnej. Odnosząc się do zarzutów odwołania, przystępujący podniósł, że Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności. Dlatego też posiłkując się przepisem art. 14 ustawy Pzp, koniecznym jest odniesienie się do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) - Kodeks cywilny, dalej „KC”. Z brzmienia art. 78 § 1 KC wynika, iż do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Również w orzecznictwie podkreśla się, że „minimalnym wymaganiem dla zachowania formy pisemnej jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2009 r., sygn. akt I PK 58/09). Mając na względzie powyższe, wskazać należy, iż obowiązek pisemności zobowiązań podmiotów trzecich należy interpretować i rozstrzygać w oparciu o przepisy KC. Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp i KC jednoznacznie wynika, że ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b

ustawy Pzp, formę pisemną. W związku z powyższym, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest również interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Pzp. Nie może bowiem zamawiający udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Mając na względzie powyższe, za słuszne, zdaniem przystępującego, należy uznać prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, zgodnie z którym zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, nie spełniają wymogu formy pisemnej, określonej w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. (zob. wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r., KIO/UZP 447/11 KIO/UZP 449/11 KIO/UZP 452/11; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 636/11; wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r. KIO/UZP 822/11; wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r. KIO/UZP 1106/11 KIO/UZP 1111/11). A contrario - jedynie złożenie oryginału dokumentu zawierającego podpis osoby pod treścią oświadczenia, spełnia wymóg formy pisemnej zobowiązania, określonej w art. 26 ust. 2b Pzp.

Dodatkowo przystępujący wskazał, iż § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, odnosi się jednak tylko do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które zostały w ww. rozporządzeniu wprost wskazane. Rozporządzenie w sprawie dokumentów nie wymienia natomiast wśród dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom. Tym samym zastrzeżona w rozporządzeniu o dokumentach możliwość przedłożenia stosownych dokumentów w formie pisemnej lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, nie znajduje zastosowania w odniesieniu do wymienionego wyłącznie w ustawie Pzp dokumentu w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego. Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie odnosi się do zobowiązania podmiotu trzeciego, dla którego ustawa zastrzegła formę pisemną, zwłaszcza, że ustawa jest aktem prawnym wyższego rzędu niż rozporządzenie. Oznacza to, iż wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy ww. rozporządzenia, które odnoszą się do formy innych

dokumentów. Ponadto przystępujący wskazał, że z zobowiązania tego wynika, że podmiot trzeci udostępni swoją wiedzę i doświadczenie przy realizacji zadania w formie bieżącej konsultacji technicznej i doradztwie. Podkreślił, że z przedłożonej oferty ECOKOM sp. z.o.o. wynika samodzielne wykonanie zamówienia, co potwierdza oświadczenie złożone w punkcie 6 oferty oraz załącznik do siwz przedłożony na str.33 oferty, co tym samym świadczy, że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w fizycznym wykonaniu tego zamówienia. Dlatego też należy stwierdzić, że jeżeli wykonawca ECOKOM sp. z.o.o. będzie wykonywał zamówienie samodzielnie to w żaden sposób nie zamierza wykorzystać zasobów wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, co tym samym powoduje sprzeczność w złożonych przez tego wykonawcę oświadczeniach (oświadczenie, że „roboty zostaną wykonane we własnym zakresie” oraz, że „wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu firmy Wodociągi Wiejskie sp. z.o.o. z Łomży,). Sprzeczność ta nie potwierdza jednoznaczności wykorzystania wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przy realizacji przedmiotu zamówienia, co tym samym powoduje że wykonawca ten nie posiada wiedzy i doświadczenia na poziomie wymaganym przez Zamawiającego i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy. Ten stan, w ocenie przystępującego, potwierdza stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych na stronie internetowej www.uzp.gov.pl Nadto zobowiązanie złożone dnia 23.08.2012 r. przez Wodociągi Wiejskie z Łomży na skutek uzupełnienia nie posiada daty tj. nie można z niego wywieść, że obowiązywało w dniu składania ofert tj. na dzień 10.08.2012 r. W związku z tym przystępujący stwierdził, że odwołujący nie posiadał wiedzy i doświadczenia na poziomie wymaganym przez zamawiającego na dzień składania ofert, do czego zobowiązuje art. 26 ust.3 ustawy. Prawdopodobnie czynności uzupełnienia oferty zależy od tego czy z treści złożonego dokumentu wynika, iż warunek zastał spełniony na dzień upływu składania ofert- wyrok KIO z 10.02.2011 r. sygn. akt. KIO 189/11. Asygnata na uzupełnionym zobowiązaniu o treści „za zgodność z oryginałem” podpisana przez Prezesa Zarządu PIK ECOKOM sp. z.o.o mgr inż. P..... C..... z datą 22.08.2012 r., stanowi o tym, że zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało udzielone już po terminie składania ofert. Dlatego przystępujący uważa, że na dzień składania ofert wykonawca ten nie dysponował wiedzą i doświadczeniem zgodnie z warunkiem zamawiającego, co tym samym powoduje, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy. Ten fakt potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 19 sierpnia 2010 r. sygn. akt. KIO/1694/10. Co do zarzutu bezpodstawnego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt.2 odwołującego ze względu na brak zachowania ciągłości wadium przystępujący wskazał, że obowiązek monitorowania, czy oferta jest zabezpieczona wadium, obciąża wykonawcę, dlatego artykułowanie zarzutu iż zamawiający nie żądał ponownie wniesienia wadium jest bezpodstawne. Zamawiający może jedynie zasygnalizować wykonawcom potrzebę przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowych, zwracając uwagę na konsekwencje

zaniechania tych czynności. Natomiast utrata ciągłości zabezpieczenia oferty wadium oznacza, że oferta nie jest zabezpieczona wadium w całym okresie jej związania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2010 r.; sygn. akt KIO/UZP 1780/09). Odwołujący, zdaniem przystępującego, nie dochował obowiązku zachowania ciągłości wadium na co wskazuje zamawiający w swoim uzasadnieniu faktycznym wykluczenia odwołującego z postępowania.

Przystępujący stwierdził, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony (art. 189 ust.2 pkt.2 ustawy) a sformułowane zarzuty w odwołaniu są bezpodstawne i nie zasługują na uwzględnienie.

Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji przystępującego. Do pisma dołączono kopie dowodów nadania zgłoszenia do zamawiającego bezpośrednio na biuro podawcze w dniu 29 listopada 2012r., a do odwołującego przesyłką Pocztex także w dniu 29 listopada 2012r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego się, wezwania zamawiającego skierowanego do odwołującego z trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 17 sierpnia 2012r. wraz z odpowiedzią odwołującego i załącznikiem, pisma zamawiającego do wykonawców z dnia 30 sierpnia 2012r. o przedłużeniu terminu związania ofertą, pisma odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 9 października 2012r. przesłanego faksem w dniu 9 października 2012r. i złożonego na biuro podawcze zamawiającego w dniu 10 października 2012r. aneksu nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że w rozdziale X siwz zamawiający określił warunki udziału w postępowania oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków, zaś w ust. 2 tegoż rozdziału wskazał, że „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić 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 wykonaniu zamówienia.”

W rozdziale XI siwz w pkt 1.4 zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały

udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia (na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy) – w zakresie wymaganym od wykonawcy (wyszczególnionych od pkt 1.5.1 do 1.5.5). W ust. 2 rozdziału XI zamawiający wskazał, że dokumenty, o których mowa w rozdziale XI siwz, należy przedstawić w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osobę/y uprawnioną/e do reprezentacji wykonawcy. W rozdziale XII zamawiający wskazał, że żąda wniesienia wadium w wysokości 50 000zł., a zgodnie z ust. 5 tegoż rozdziału w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź – oryginał dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium należało złożyć w oryginale [przed upływem terminu składania ofert w siedzibie zamawiającego. Zgodnie z rozdziałem XIII termin związania ofertą wynosił 30 dni poczynając od dnia wskazanego jako termin składania ofert. Termin składania ofert upłynął w dniu 10 sierpnia 2012r.

W ofercie odwołującego na str. 11 znajduje się wykaz robót, w którym odwołujący wskazał, że polega na wiedzy i doświadczeniu firmy „Wodociągi Wiejskie sp. z o.o. w Łomży”, na str. 13 załączono zobowiązanie Wodociągów Wiejskich sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w postaci możliwości skorzystania z wiedzy i doświadczenia w postaci referencji na roboty realizowane w latach 2011 – 2012 w gminie Baranów. Zobowiązanie to przedłożono w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez prezesa zarządu odwołującego.

W dniu 17 sierpnia 2012r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia uzupełnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy tj. do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego ze wskazaniem informacji o formie zaangażowania w realizację części zamówienia odpowiedniego zasobu. W akapicie 1 tego wezwania zamawiający powtórzył treść art. 26 ust. 2 b ustawy wskazując na obowiązek udowodnienia dysponowania niezbędnym zasobem w tym poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania.

W dniu 22 sierpnia 2012r. faksem, w dniu 23 sierpnia 2012r. odwołujący przedłożył nowe zobowiązanie Wodociągów Wiejskich sp. z o.o. uzupełnione o wskazanie na możliwość skorzystania z zasobu poprzez w miarę potrzeb bieżącej konsultacji i doradztwie. Zobowiązanie to przedłożono w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez prezesa zarządu odwołującego.

W dniu 30 sierpnia 2012r. zamawiający wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 30 dni tj. do 8 października 2012r. Wskazał, że oświadczenie takie należy złożyć do 7 września 2012r. W dniu 6 września 2012r. odwołujący złożył oświadczenie na piśmie i załączył aneks nr 1 z 4 września 2012r. do

gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 1502/Wr/3339/2012, z którego wynikało, że gwarancja wadialna jest ważna do 8 października 2012r.

W dniu 9 października 2012r. faksem odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą do dnia 7 listopada 2012r. i o przedłużeniu gwarancji ubezpieczeniowej do dnia 7 listopada 2012r. W dniu 10 października 2012r. złożono to oświadczenie na piśmie u zamawiającego załączając jednocześnie aneks nr 2 z dnia 9 października 2012r. do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium 1502/Wr/3339/2012, z którego wynika, że z dniem 9 października 2012r. do gwarancji ubezpieczeniowej wprowadzono zmianę pkt. 6 któremu nadano brzmienie, że gwarancja jest ważna od dnia 10 sierpnia 2012r. do 7 listopada 2012r.

Izba zważyła, co następuje:

Zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Izba uznała, że załączone wraz z odwołaniem pełnomocnictwo z dnia 26 listopada 2012r. jest pełnomocnictwem rodzajowym. Określa rodzaj czynności prawnych – czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego i prowadzonego przez Gminę Lasowice Wielkie. Zaś czynności te mogą być z mocy art. 180 ust. 1 ustawy podstawą wniesienia odwołania. Oznacza to, że skoro pełnomocnik był upoważniony przez swojego mocodawcę do reprezentowania go przy czynnościach zamawiającego podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a czynności te mogą być przedmiotem zaskarżenia odwołaniem, to był również upoważniony do kwestionowania ich zgodności z prawem, a zatem wnoszenia środków ochrony prawnej służących kontroli poprawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo rodzajowe nie może być mylone z pełnomocnictwem do poszczególnych czynności. Wymóg posiadania pełnomocnictwa do poszczególnych czynności wynika z przepisów prawa lub z woli stron, a pełnomocnictwo rodzajowe wynika z rodzaju podejmowanej czynności prawnej. Czynnością powodującą potrzebę posiadania pełnomocnictwa rodzajowego jest wyrażenie przez wykonawcę woli udziału w postępowaniu przedkontraktowym o zamówienie publiczne, które to postępowanie jest uznawane za czynność przekraczającą granice zwykłego zarządu. Zatem to z tego powodu dla wniesienia odwołania potrzebne jest pełnomocnictwo rodzajowe, ale rodzaj czynności który powoduje konieczność legitymowania się takim pełnomocnictwem wynika z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego względu złożone do odwołania pełnomocnictwo dotyczące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

w Gminie Lasowice Wielkie jest pełnomocnictwem rodzajowym czyniącym zadość art. 98 §2 kc stosowanym z mocy art. 14 ustawy. Nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że rację ma przystępujący, że pełnomocnictwo załączone do odwołania nie jest pełnomocnictwem rodzajowym, to w ocenie Izby brak ten został skutecznie uzupełniony w dniu 30 listopada 2012r., gdyż odwołujący przedłożył dodatkowe pełnomocnictwo wskazujące na umocowanie do wnoszenia wszelkich środków ochrony prawnej wymienionych w ustawie, w szczególności odwołań i skarg do Prezesa KIO. Odnosząc się do argumentacji przystępującego o braku podstawy prawnej do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa Izba wskazuje, że art. 187 ust. 3 ustawy jak i § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, nie precyzują zamkniętego katalogu braków formalnych, a zatem odwołanie zawierające braki formalne, które uniemożliwiają nadanie odwołaniu prawidłowego toku, a których usunięcie jest możliwe, w ocenie Izby podlegają uzupełnieniu.

Oznacza to, że również brak formalny w postaci błędnego pełnomocnictwa jest uzupełnialny. Izba na kanwie przepisów postępowania o udzielenie zamówienia (art. 26 ust. 3 ustawy) wypracowała jednolite stanowisko, że wykonawca składający błędny dokument nie może być w gorszej sytuacji niż wykonawca, który takiego dokument w ogóle nie złożył. W ocenie Izby ta zasada ma także zastosowanie w przypadku uzupełnienia wadliwie złożonych pełnomocnictw. Instytucja uzupełniania braków formalnych ma służyć realizacji gwarancji procesowych strony, tj. umożliwieniu merytorycznego rozpoznania sprawy odwoławczej. Celem wprowadzenia normy art. 187 ust. 3 ustawy było odformalizowanie postępowania odwoławczego i uniknięcie sytuacji, w której strona, która popełniła nieprawidłowości formalne traci zarówno prawo do rozprawy jak i ponosi koszty postępowania odwoławczego, niezależnie od tego czy zarzuty podniesione przez nią w odwołaniu są zasadne czy też nie. Z tego względu instytucja uzupełniania braków formalnych odwołania nie może być interpretowana zawężająco stricte do braków wskazanych wprost w art. 187 ust.3 ustawy czy § 9 Regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Izba wskazuje, iż przepis art. 187 ust. 3 nie wyklucza uzupełnienia pełnomocnictwa, w sytuacji jego wadliwości. Przeciwnie wskazuje tylko jeden z rodzajów wad formalnych pełnomocnictwa tj. jego brak. Natomiast w przedmiotowej sprawie pełnomocnictwo było prawidłowo podpisane i nie wątpliwie było pełnomocnictwem rodzajowym.

Pełnomocnictwo z dnia 26 listopada 2012r. spełnia wymagania, przewidziane dla umocowania podmiotów w sprawach przekraczających zakres zwykłego zarządu.

Izba dodatkowo wskazuje na postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach sygn. akt X GA 46/12, w którym Sąd Okręgowy zajął analogiczne stanowisko.

Dodatkowo za przyjęciem, że katalog braków uzupełnialnych to nie tylko brak pełnomocnictwa oraz uiszczenia wpisu świadczy to, że w § 9 regulaminu postępowania przy

rozpoznawaniu odwołań wskazano na jeszcze inne braki jak: wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, brak przedstawienia zarzutów, żądań co do sposobu rozstrzygnięcia, wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, a także brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu, czy odpisu z KRS, pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego. Katalog zatem jest szeroki i niezamknięty, zatem w sytuacji, gdy brak nadaje się do usunięcia instytucja art. 187 ust. 3 ustawy znajdzie zastosowanie.

Odwołujący nie wykazał istnienia przesłanek materialnoprawnych z art. 179 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem ustawy wykonawcy przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, jedynie w takiej sytuacji, gdy łącznie zajdą następujące przesłanki :

1. wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
2. poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał jedynie przesłankę opisaną w pkt. 1 tj. wykazał, że posiadał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i oferta ta była korzystniejsza pod względem ceny od oferty wybranej, tym samym, gdyby zamawiający nie wykluczył, go z postępowania, a jego oferty nie odrzucił, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby jednak odwołujący nie wykazał zaistnienia drugiej z ustawowych przesłanek dopuszczalności odwołania, tj. nie wykazał, że poniósł lub że może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający słusznie zauważył, że odwołujący nie zapewnił ciągłości terminu związania ofertą i ciągłości wadium stanowiącego gwarancję dla zamawiającego zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy w dniu 30 sierpnia 2012r. wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 30 dni tj. do dnia 8 października 2012r. Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy zamawiający takiej czynności mógł dokonać wyłącznie jeden raz w toku postępowania, natomiast wykonawcom ustawodawca przyznał prawo do samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą, bez ograniczenia ilości takich przedłużeń. Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w siwz w tym przypadku 30 dniowego liczonego z chwilą upływu terminu składania ofert. Zatem pierwotny termin związania ofertą upływał 8 września 2012r. Po jego przedłużeniu przez zamawiającego o kolejne 30 dni, termin ten upływał w dniu 8 października 2012r. Zatem z upływem dnia 8 października 2012r. termin związania ofertą wygasł, chyba że wykonawca samodzielnie go wydłużył. Odwołujący w dniu 8 października 2012r. nie dokonał czynności

wydłużenia terminu związania, takiej czynności dokonał dopiero faksem w dniu 9 października 2012r. o godz. 16:05. Tym samym u odwołującego wystąpił brak związania ofertą od początku dnia 9 października 2012r., co oznacza, że jego oferta wygasła i zamawiający nie miał już możliwości udzielenia mu zamówienia, ani zawarcia z nim umowy. Tym samym odwołujący nie mógł ponieść szkody w związku z działaniem zamawiającego. Oznacza to, że odwołujący nie wykazał zaistnienia drugiej z obligatoryjnych przesłanek dopuszczalności odwołania. Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy przedłużenie terminu związania ofertą jest możliwe tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. W przedmiotowej sprawie również wadium nie było zabezpieczone od upływu dnia 8 października 2012r., gdyż jak wynika z przedłożonego zamawiającemu w dniu 10 października 2012r. aneksu nr 2 do gwarancji wadium odwołujący zawarł aneks do gwarancji wadium w dniu 9 października 2012r. Zatem również z tego powodu odwołujący nie mógł ponieść szkody w związku z działaniem zamawiającego. Odwołanie zatem podlegało oddaleniu z powodu nie wykazania przesłanek materialnoprawnych z art. 179 ust. 1 ustawy.

Na marginesie jedynie Izba odniesie się do postawionych przez odwołującego zarzutów :

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nie zasługiwałby na uwzględnienie. Odwołujący jako uzasadnienie swojego uprawnienia do przedstawienia kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem powołuje się na rozdział XI ust. 2 siwz. Jednakże z tego postanowienia siwz nie wynikają tezy twierdzone przez odwołującego. Przede wszystkim wyraźnie z brzmienia tego postanowienia wynika, że odnosi się ono wyłącznie do dokumentów i oświadczeń wymaganych w ramach tego rozdziału XI. Jedynymi dokumentami pochodzącymi od podmiotów udostępniających zasoby wymienionymi w rozdziale XI są dokumenty określone w pkt. 1.4. rozdziału XI tj. dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia. W rozdziale XI zamawiający nie określił dowodów (ani ich formy), jakie wykonawcy mają przedstawić na potwierdzenie możliwości korzystania z zasobów innego podmiotu przy realizacji zamówienia. Takie wymagania zawarł zamawiający w rozdziale X w ust. 2 siwz i w tych postanowieniach wyraźnie wskazał, że jeśli wykonawca decyduje się dowodzić korzystania z zasobów innych podmiotów za pomocą ich zobowiązania, to ma być ono pisemne. Tym samym zamawiający oczekiwał przedłożenia dokumentu zobowiązania w oryginale, gdyż wyłącznie walor formy pisemnej można przypisać dokumentowi opatrzonemu własnoręcznym podpisem osoby składającej oświadczenie woli (art. 78 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy). Mając to na uwadze wprost z

postanowień siwz, jak również z wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wynika, że zamawiający oczekiwał oryginalnego zobowiązania. Takie zobowiązanie nie zostało załączone ani do oferty, ani nie zostało przedłożone na wezwanie, tym samym zamawiający prawidłowo przyjął, że odwołujący nie wykazał (nie udowodnił), że spełnia warunki udziału w postępowaniu, choćby za pomocą zasobów podmiotów trzecich. Z tego względu zastosowanie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy było prawidłowe i nie naruszało ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu braku ciągłości terminu związania ofertą i zabezpieczenia wadialnego.

Zarzut nie zasługiwałby na uwzględnienie. Rację należy przyznać odwołującemu, że przesłanki wykluczenia wykonawców muszą być wykładane ściśle i nie wolno do nich stosować wykładni rozszerzającej. Art. 24 ustawy jest przepisem zawężającym krąg podmiotów mogących biegać się o zamówienie publiczne, a tym samym ograniczającym konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednym z celów ustawy jest zwiększenie konkurencyjności czego jawnym przejawem jest zasada wyrażona w art. 7 ustawy, tym samym normy prawne powodujące ograniczenie realizacji tego celu muszą być wykładane ostrożnie i w taki sposób, aby osiągnąć gwarancje wykonania zamówienia przez zdolnego do tego wykonawcę bez zbędnej eliminacji podmiotów, które także są w stanie zamówienie wykonać. Tym samym zamawiający przed zastosowaniem art. 24 ustawy musi mieć pewność, że rzeczywiście zaistniał przypadek regulowany tym artykułem. Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy nakazuje wykluczyć wykonawcę w czterech przypadkach :

1. nie wniesienia przez wykonawcę wadium do upływu terminu składania ofert – ten przypadek w stosunku do odwołującego nie zachodzi, odwołujący składając ofertę przed upływem terminu składania ofert zabezpieczył ją wadium w wymaganej przez zamawiającego wysokości i na okres wymagany zgodnie z postanowieniami rozdziału XII siwz.
2. nie wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą – bezsporne jest, że odwołujący samodzielnie przedłużył okres związania ofertą już po jego upływie tj. w dniu 9 października 2012r., na okres od 9 października 2012r. do 7 listopada 2012r. W dniu 9 października 2012r. nie dokonał jednak jednoczesnej czynności wniesienia wadium na ten przedłużony okres. Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy stanowi bowiem wyraźnie, że dla oceny istnienia zabezpieczenia wadialnego istotne jest jego wniesienie zamawiającemu. W przedmiotowej sprawie natomiast w dniu 9 października 2012r., gdyby przyjąć, że doszło do skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą, to nie doszło do wniesienia wadium na przedłużony okres. W dniu 9

października 2012r. odwołujący poinformował zamawiającego jedynie o tym, że przedłuży okres wadium, ale nie wniósł go. Takie wniesienie nastąpiło dopiero w dniu 10 października 2012r. poprzez złożenie zamawiającemu aneksu nr 2 do gwarancji wadialnej. Tym samym zamawiający prawidłowo uznał, że zachodzi przesłanka wykluczenia odwołującego z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Nadto rozumowanie odwołującego w zakresie treści rozdziału XIII ust. 4 siwz jest błędne. Wyłącznie wniesienie odwołania zawiesza termin związania ofertą. Wniesieniem odwołania jest jego złożenie w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej w podpis cyfrowy do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (art. 180 ust. 4 ustawy). W przedmiotowym postępowaniu pierwsze odwołanie firmy PAGA- PRO zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 10 października 2012r. Rację także należy przyznać przystępującemu, że zawieszenie terminu związania ofertą nie ma wpływu na bieg terminu ważności wadium.

3. Nie wnieśli wadium w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy – okoliczność ta nie zachodziła w odniesieniu do odwołującego, gdyż w dacie 8 października 2012r. był on wykonawcą wybranym, tym samym zamawiający nie zwracał mu wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji nie mógł żądać ponownego wniesienia wadium w określonym przez siebie terminie,
4. Nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – rację ma odwołujący, że ten przypadek dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy zamawiający wnioskuje o wydłużenie terminu związania ofertą, tylko bowiem w takim przypadku od wykonawcy oczekiwana jest zgoda na przedłużenie tego terminu. O wyrażenie takiej zgody zamawiający wystąpił w dniu 30 sierpnia 2012r. i wówczas odwołujący zgodę w dniu 7 września 2012r. mu udzielił. Natomiast kolejne oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą były samodzielnymi oświadczeniami wykonawcy i z tego względu nie mieściły się w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Zamawiający nie zastosował zatem wykładni rozszerzającej art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, ale prawidłowo ocenił zaistniałą w postępowaniu sytuację faktyczną i nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....