

WYROK

z dnia 15 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Delphinus Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno – Sportowe z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kowalska 81, 51-424 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Baseny Miejskie Termy Jakuba Sp. z o.o. z siedzibą w Oławie, ul. 1 Maja 33A, 55-200 Oława**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Delphinus Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno – Sportowe z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kowalska 81, 51-424 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Delphinus Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno – Sportowe z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kowalska 81, 51-424 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Delphinus Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno – Sportowe z siedzibą we Wrocławiu, ul. Kowalska 81, 51-424 Wrocław** na rzecz zamawiającego **Baseny Miejskie Termy Jakuba Sp. z o.o. z siedzibą w Oławie, ul. 1 Maja 33A, 55-200 Oława** kwotę **3 795 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Baseny Miejskie Termy Jakuba Sp. z o.o. z siedzibą w Oławie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług w zakresie obsługi ratowniczej w kompleksie baseny miejskie „termy Jakuba” w Oławie – w roku 2023.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 października 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00396313.

W dniu 30 listopada 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Delphinus Sport Promotion Stowarzyszenie Rekreacyjno-Sportowe z siedzibą we Wrocławiu, zwane dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od:

1. niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności, podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego, polegających na wyborze w dniu 25 listopada 2022 r. najkorzystniejszej oferty w postaci oferty wykonawcy Tarnowskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe w Tarnowie, zwane dalej „wykonawcą TWOPR”,
2. zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy Pzp, w postaci:
 - a) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TWOPR w dniu 25.11.2022 r.,
 - b) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz lit. c) ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż nie było podstaw do odrzucenia i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TWOPR, podczas gdy pomimo wezwania trybie art. 274 ustawy Pzp wykonawca TWOPR, a następnie w trybie art. 128 ustawy Pzp wykonawca TWOPR nie uzupełnił podmiotowych środków dowodowych w postaci prawidłowych zaświadczeń o niekaralności członków zarządu stowarzyszenia, tj. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem przedłożone zaświadczenia z KRK datowane były na dzień 22.11.2022 r. i nie potwierdzały braku karalności członków zarządu wykonawcy TWOPR do dnia składania ofert, przez czas trwania postępowania, jak również nie były aktualne na dzień określony przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 11.11.2022 r. (do dnia 18.11.2022 r.) i SWZ;
- wykonawca TWOPR nie przedłożył również prawidłowego umocowania dla pełnomocnika TWOPR,

2. art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy TWOPR jako najkorzystniejszej, podczas gdy Wykonawca nie przedstawił podmiotowych środków dowodowych w postaci prawidłowych zaświadczeń o niekaralności członków zarządu, nie przedstawił prawidłowego umocowania dla pełnomocnika wykonawcy TWOPR, w konsekwencji oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu, w efekcie zaś oferta Odwołującego spełniała kryteria do uznania jej za najkorzystniejszą,
3. art.239 ustawy Pzp poprzez brak uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, podczas, gdy prawidłowe badanie i ocena ofert powinna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy TWOPR, a w konsekwencji oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą dla przetargu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności badania i oceny ofert i oferentów,
2. odrzucenie oferty wykonawcy TWOPR,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferentów i ofert,
4. w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

1. wezwanie z dnia 11.11.2022 r.,
2. wybór ofert z dnia 22.11.2022 r.
3. zaświadczenie z KRK podmiotu zbiorowego,
4. unieważnienie wyboru oferty z dnia 25.11.2022 r.,
5. wybór oferty z dnia 25.11.2022 r.,
6. wniosek o wgląd,
7. wezwanie z dnia 25.11.2022 r.,
8. zaświadczeń z KRK członków zarządu wykonawcy TWOPR – 9 egz.,

na okoliczność przebiegu postępowania w przedmiotowej sprawie, braku prawidłowego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wystąpienia podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy TWOPR, zarzucanych naruszeń Zamawiającego.

9. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że dniu 11 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę TWOPR m.in. do złożenia „Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 - sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.” Obowiązek przedłożenia takich dokumentów wynika wprost z SWZ Zamawiającego. Zamawiający określił wykonawcy TWOPR termin do uzupełnienia dokumentów do dnia 18 listopada 2022 r. do godziny 15.00.

Podmiotowe środki dowodowe winny być aktualne na dzień złożenia, a zatem najpóźniej na dzień 18 listopada 2022 r.

Wykonawca TWOPR w odpowiedzi na wezwanie złożył jedynie zaświadczenie o niekaralności podmiotu zbiorowego wykonawcy TWOPR, natomiast nie przedłożył wymaganych zaświadczeń o niekaralności członków zarządu (art. 108 ust. 1 pkt 2). Pomimo tego Zamawiający, w dniu 22 listopada 2022 r. wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą.

Po interwencji Odwołującego, Zamawiający w dniu 25 listopada 2022 r. unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, wskazując w uzasadnieniu, iż „po dokonaniu wyboru czynności, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu powziął informację, że wyłoniony wykonawca nie złożył wszystkich wymaganych w SWZ podmiotowych środków dowodowych. Kierując się zatem zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 ustawy, Zamawiający przeprowadzi ponownie wymagane prawem czynności poprzedzające wybór oferty najkorzystniejszej.”

Zamawiający w dniu 25 listopada 2022 r. nie odrzucił jego oferty. Tego samego dnia dokonał ponownie wyboru oferty wykonawcy TWOPR jako najkorzystniejszej.

W dniu 29 listopada 2022 r. Zamawiający wydał Odwołującemu dokumenty – wezwanie z dnia 25 listopada 2022 r. w trybie 128 ustawy Pzp kierowane do wykonawcy TWOPR oraz dokumenty złożone w odpowiedzi, tj. 9 egzemplarzy zaświadczeń. Wszystkie zaświadczenia o niekaralności zostały wydane na dzień 22 listopada 2022 r.

Zaświadczenia te winny wykazywać brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert oraz przez cały okres trwania postępowania i winny być nadto aktualne na dzień ich złożenia określony przez Zamawiającego w trybie art. 274 ustawy Pzp, tj. między dniem 11 a 18 listopada 2022 r.

Wykonawca TWOPR przedłożył dokumenty, które nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia zarówno na dzień składania ofert, jak i na dzień wyznaczony przez Zamawiającego w trybie art. 274 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga fakt, iż Wykonawcy byli świadomi konieczności posiadania podmiotowych środków dowodowych, bowiem Zamawiający w Dziale II ust. 9 pkt 2 SWZ określił, iż winny być one przedłożone na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ustawy Pzp, w terminie nie krótszym niż 5 dni. W niniejszej sprawie ten termin upłynął w dniu 18 listopada 2022 r.

Wykonawca TWOPR wytworzył zaświadczenia z KRK dopiero w dniu 22 listopada 2022 r. Nie potwierdzają więc one braku podstaw do wykluczenia za okres przed 22 listopada 2022 r. Takie zaświadczenia nie są prawidłowe, w tym znaczeniu, iż nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia z art. 108 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Tym bardziej, iż Zamawiający wyznaczył temu wykonawcy termin zgodnie SWZ na złożenie aktualnych środków do dnia 18 listopada 2022 r. Kolejne wezwanie z art. 128 ustawy Pzp ma

w tym przypadku charakter wezwania do uzupełnienia braków formalnych (braku złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień 18 listopada 2022 r.) i w realizacji tego wezwania wykonawca TWOPR winien złożyć dokumenty aktualne na dzień maksymalnie 18 listopada 2022 r. Dodatkowo dokumenty te winny potwierdzać prawdziwość oświadczenia złożonego w trybie art. 125 ustawy Pzp (które tylko tymczasowo zastępuje podmiotowy środek dowodowy) i brak podstaw do wykluczenia od dnia złożenia oferty, z zachowaniem ciągłości przez całe postępowanie.

W niniejszej sprawie, w określonym terminie wykonawca TWOPR, nie uzupełnił brakujących podmiotowych środków dowodowych w postaci prawidłowych zaświadczeń o niekaralności. Jego oferta winna zatem podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp oraz lit b. Tymczasem Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący podniósł także, iż pełnomocnik wykonawcy TWOPR nie miał prawidłowego umocowania, tj. podpisanego zgodnie z reprezentacją określoną w aktualnym odpisie KRS przez cały zarząd TWOPR. Również z tego względu na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp oferta wykonawcy TWOPR nie mogła być skutecznie złożona, podlegała odrzuceniu, a czynność wyboru winna zostać unieważniona.

Zamawiający w dniu 2 grudnia 2022 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania za pomocą platformy e-Zamówienia, na której prowadzone było postępowanie.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 13 grudnia 2022 r. (pismem z dnia 12 grudnia 2022 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut dotyczący braku przedstawienie przez wykonawcę TWORP podmiotowych środków dowodowych w postaci prawidłowych zaświadczeń o niekaralności członków zarządu nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale II SWZ pkt 8 „Podstawy wykluczenia”, ppkt 1.1. podał „Zamawiający wykluczy z postępowania wykonawców, wobec których zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (...)”.

Nadto Zamawiający w pkt 9 „Dokumenty składane na wezwanie, Wykaz podmiotowych środków dowodowych” podał „Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, następujących podmiotowych środków dowodowych – aktualnych na dzień złożenia: (...) Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 - sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem”.

Zamawiający, pismem z dnia 11 listopada 2022 r., działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę TWOPR do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym „Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 - sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.” Podmiotowe środki dowodowe należało złożyć „w terminie do dnia 18.11.2022 r. do godziny 15:00”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca TWOPR złożył zaświadczenie o niekaralności podmiotu zbiorowego TWOPR. Wykonawca ten nie złożył zaświadczeń o niekaralności członków zarządu TWOPR.

W dniu 22 listopada 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy TWOPR jako najkorzystniejszej.

Zamawiający, pismem z dnia 25 listopada 2022 r., unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy TWOPR.

Zamawiający, pismem z dnia 25 listopada 2022 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę TWOPR do uzupełnienia „Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4 - sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem, dotyczącej urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego Wykonawcy”. Podmiotowe środki dowodowe należało złożyć „w terminie do dnia 02.12.2022 r. do godziny 15:00”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca TWOPR złożył zaświadczenia o niekaralności osoby, tj. G.M. , B.B. , H.I. , J.N. , P.S. , I.S. , K,T , M.R. , K.K i J.K.. Zaświadczenia opatrzone są prezentatą „Nie figuruje w kartotece karnej Krajowego rejestru karnego Dnia 22.11.2022 Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego w Tarnowie przy Sądzie Rejonowym”.

Zamawiający w dniu 25 listopada 2022 r. dokonał ponownie wyboru oferty wykonawcy TWOPR jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...). Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia”.

Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest bowiem potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert i stan ten powinien trwać przez cały okres postępowania. Wykonawca w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji do wniosku albo do oferty zobowiązany jest dołączyć oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, tj. złożyć oświadczenie na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Dopełnieniem art. 125 ustawy Pzp jest art. 126 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego „zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych”. Wykonawca składa na wezwanie podmiotowe środki dowodowe, które dowodowe „powinny być aktualne na dzień

ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień” (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 468). A ponadto „środki te powinny obrazować bieżącą sytuację podmiotową wykonawcy na dzień złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a jednocześnie powinny potwierdzać, że na ten dzień, stan w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły w stosunku do stanu z dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ustawy Pzp”. (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021, s. 402).

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca TWOPR wezwany przez Zamawiającego, w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych nie złożył zaświadczeń o niekaralności członków zarządu TWOPR. Środki dowodowe należało złożyć w terminie do dnia 18.11.2022 r. Zaświadczenia o niekaralności członków zarządu TWOPR wykonawca ten złożył dopiero na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Te z kolei należało złożyć w terminie „do dnia 02.12.2022 r.” i w tym terminie zostały też złożone (w dniu 25 listopada 2022 r.). Uzupełnione zaświadczenia opatrzone są prezentatą „Nie figuruje w kartotece karnej Krajowego rejestru karnego Dnia 22.11.2022 Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego w Tarnowie przy Sądzie Rejonowym”.

Ustalić więc należy na jaki moment mają być aktualne składane przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe, w tym wypadku zaświadczenia o niekaralności członków zarządu TWOPR. Przepisy ustawy Pzp są w tym zakresie jednoznaczne. Podmiotowe środki dowodowe składane w trybie art. 274 ustawy Pzp mają być aktualne „na dzień złożenia”. Analogiczna treść zawarta jest w art. 128 ustawy Pzp – w myśl którego - wykonawca składa na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, które mają być aktualne także „na dzień ich złożenia”. W treści ustawy Pzp jednoznacznie więc wskazano moment, na który podmiotowe środki dowodowe mają być aktualne. W odniesieniu do wskazanych wyżej przepisów użyto identycznego sformułowania, utożsamiając aktualność składanych podmiotowych środków dowodowych z dniem „ich złożenia” Dlatego też złożenie przez wykonawcę TWOPR zaświadczeń o niekaralności członków zarządu TWOPR datowanych na dzień „22.11.2022 r.” a nie na dzień „18.11.2022 r.”, jak oczekuje tego Odwołujący, jest wystarczające dla stwierdzenia, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zaświadczenia te potwierdzają bowiem stan z daty złożenia wniosków o ich wydanie. Podkreślić przy tym należy, że wykonawca TWOPR złożył wraz z ofertą JEDZ, który stanowi wstępne potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania i okoliczność tą następnie potwierdził, przedstawiając zaświadczenia o niekaralności członków zarządu

TWOPR. Tym samym, w oparciu o złożony JEDZ oraz informacje z KRK, uznać należy, iż w toku postępowania w stosunku do wykonawcy TWOPR brak było podstaw do wykluczenia.

Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący braku przedłożenia prawidłowego umocowania nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale II SWZ pkt 9 „Wykaz podmiotowych środków dowodowych”, pkt 1) „Dokumenty składane razem z ofertą”, ppkt 3 podał, iż „do oferty wykonawca załącza „również: (...) f) Pełnomocnictwo (...)”.

Wykonawca wraz z ofertą złożył m.in.: „pełnomocnictwo rodzajowe” z dnia 25 kwietnia 2022 r. (repertorium numer: 1201/2022), „pełnomocnictwo rodzajowe” z dnia 25 kwietnia 2022 r. (repertorium numer: 2927/2022), Statut Tarnowskiego WOPR, 12 uchwał XII Nadzwyczajnego Walnego Zebrania Delegatów Tarnowskiego WOPR oraz pismo wyjaśniające z dnia 27 września 2022 r.

Odwołujący w złożonym odwołaniu podniósł nieprzedłożenie przez wykonawcę TWOPR „prawidłowego umocowania dla pełnomocnika TWOPR”, tj. „podpisanego zgodnie z reprezentacją określoną w aktualnym odpisie KRS przez cały zarząd TWOPR”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, że wykonawca TWOPR złożył dwa „Pełnomocnictwa rodzajowe” z dnia 25 listopada 2022 r. Pierwsze opatrzone podpisem Pana J.K. Prezesa Tarnowskiego WOPR i drugie opatrzone podpisem Pana J.K. Prezesa Tarnowskiego WOPR oraz sześcioma innymi podpisami. Niewątpliwym jest także, że Odwołujący zakwestionował „prawidłowość umocowania dla pełnomocnika TWOPR”. Zarzut ten powielając w treści uzasadnienia odwołania i, wskazując jedynie na brak „prawidłowego umocowania, tj. podpisanego zgodnie z reprezentacją określoną w aktualnym odpisie KRS przez cały zarząd TWOPR”. Odwołujący nie podał przy tym na czym ten brak polega, w jakim zakresie reprezentacja TWOPR w złożonym pełnomocnictwie jest nieprawidłowa. Co więcej nie kwestionował treści złożonych pełnomocnictw, jak również nie podał jakichkolwiek argumentów i dowodów potwierdzających tak postawiony zarzut. Uczynił to dopiero w złożonym piśmie procesowym oraz w trakcie rozprawy. Wskazał bowiem na wątpliwości co do treści pełnomocnictw, zakresu umocowania, umiejscowienie podpisów złożonych na złożonym pełnomocnictwie rodzajowym, ich nieczytelność i brak możliwości zidentyfikowania osób, które je złożyły. W treści odwołania uzasadnienie tego zarzutu jest więc lakoniczne a właściwie to go brak. Tymczasem „o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do

postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09). Izba – zgodnie z treścią art. 555 ustawy Pzp - nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut stanowią bowiem wskazane przez Odwołującego konkretne fakty świadczące o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.. Odwołujący jest więc zobowiązany do skonkretyzowania zarzutów w odwołaniu, tj. wskazania nie tylko jego podstawy prawnej, ale i faktycznej, która to wyznacza zakres rozpoznania odwołania. Przywołanie nowych okoliczności faktycznych, nawet wypełniających dyspozycje tego samego przepisu po upływie terminu na wniesienie odwołania i w składanych po tym terminie pismach procesowych a także dopiero na rozprawie, uznaje się za nowy zarzut.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba, mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437), ograniczyła koszty wynagrodzenia pełnomocnika do wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy). Jednocześnie Izba zasądziła na rzecz Zamawiającego koszty dojazdu na rozprawę w wysokości 195 zł 00 gr (słownie: sto dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) na podstawie biletów przedłożonych do akt sprawy przez pełnomocnika Zamawiającego.

Przewodniczący: