

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie 11 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 sierpnia 2017 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się do zamówienia – Z. G. S.A. z siedzibą w G., A. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. U. H. „R.” A. R. z siedzibą w S., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w S., przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – E. E. sp. z o.o. z siedzibą w K., G. H. E. G. z siedzibą w N. (A.),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. wykluczenie Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. niewykazania, że Przystępujący dysponuje minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia energetyczne, która brała udział w rozruchu elektrowni wodnych oraz uznanie oferty złożonej przez Przystępującego za odrzuconą,
 - 1.3. ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Przystępującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 23.321,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące trzysta dwadzieścia jeden złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w S. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Montaż turbiny – generatora w komorze zasuw Zakładu Produkcji Wody *Pomorzany* w Szczecinie”, numer referencyjny: 27/2017, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 marca 2017 r., pod nr 2017/S 057-106383.

27 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – E. E. sp. z o.o. z siedzibą w K., G. H. E. G. z siedzibą w N. (A.), zwanych dalej „Konsorcjum E”.

1 sierpnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się do zamówienia – Z. G. S.A. z siedzibą w G., A. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. U. H. „R.” A. R. z siedzibą w S. (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. czynność wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum E. jako najkorzystniejszej oferty,
2. czynność badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum E.,
3. zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum E., pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
4. zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum E., pomimo że oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
5. zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum E., pomimo że nie wykazało spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez Konsorcjum E. za odrzuconą, pomimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu z Postępowania,

6. czynność ponownego wezwania Konsorcjum E. do złożenia stosownego pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy G. H. E. G. (dalej „Wykonawca G”) oraz czynność wezwania Konsorcjum E. do złożenia formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”) dla Wykonawcy G.,
7. zaniechanie czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum E., pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ,
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 zdanie pierwsze K.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum E., pomimo że oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum E., pomimo że nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez Konsorcjum E. za odrzuconą, pomimo że została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania,
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3a Pzp przez ponowne wezwanie Konsorcjum Edo złożenia stosownego pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy G, pomimo że Konsorcjum E. zostało już wcześniej wezwane do złożenia takiego pełnomocnictwa i nie uzupełniło go skutecznie oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie Konsorcjum E. do złożenia formularza JEDZ dla Wykonawcy G, pomimo że Konsorcjum E. już wcześniej złożyło ten formularz bez wezwania Zamawiającego, czym uniemożliwiło wezwanie do jego kolejnego uzupełnienia i to niezależnie od przyczyny i zakresu uzupełnienia,
5. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum E. jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum E. jako najkorzystniejszej oferty,

2. unieważnienia czynności ponownego wezwania Konsorcjum E. do złożenia stosownego pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy G oraz unieważnienia czynności wezwania Konsorcjum E. do złożenia formularza JEDZ dla Wykonawcy G.,
3. dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum E.,
4. dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum E. z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
5. dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum E. z Postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu oraz dokonania czynności uznania oferty złożonej przez Konsorcjum E. za odrzuconą,
6. dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Podkreślił również, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem po odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum E., jak i po wykluczeniu go z Postępowania to oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Przez zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonana przez Zamawiającego w dniu 27 lipca 2017 r., jest drugą taką czynnością w Postępowaniu. Pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający dokonał w dniu 13 lipca 2017 r., przy czym przed upływem terminu do wniesienia odwołania na tą czynność Zamawiający samodzielnie ją unieważnił, o czym poinformował Odwołującego w dniu 21 lipca 2017 r.

Odwołujący dodał, że czynność pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty przestała wywierać jakikolwiek wpływ na wynik Postępowania, gdyż w dniu 21 lipca 2017 r., ponieważ została przez Zamawiającego unieważniona, a tym samym wyeliminowana z obiegu prawnego.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp – zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum E., pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 zdanie pierwsze K.c. – zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum E., pomimo iż oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów

Odwołujący podał, że zgodnie z wymogami Zamawiającego „[...]Oferta musi być podpisana przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy. Pełnomocnictwo do podpisania oferty musi być dołączone do oferty, o ile nie wynika ono z innych dokumentów złożonych przez wykonawcę[...]” (Rozdział I pkt 5 SIWZ).

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem III pkt 1 i 2 SIWZ wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy, pełnomocnictwo należy załączyć do oferty.

Z kolei zgodnie z Rozdziałem V pkt 7 ppkt 4 SIWZ do oferty należało dołączyć odpowiednie pełnomocnictwa tylko w sytuacjach określonych w Rozdziale I pkt 5 zdanie 2 SIWZ lub w przypadku składania oferty wspólnej (Rozdział III pkt 1 SIWZ). Pełnomocnictwa należało złożyć w oryginale lub kopii notarialnie poświadczonych.

W ocenie Odwołującego nie ma wątpliwości, że Konsorcjum E. było zobligowane złożyć wraz z ofertą pełnomocnictwo ustanawiające pełnomocnika do reprezentowania ich w Postępowaniu, albo do reprezentowania ich w Postępowaniu i zawarcia umowy, przy czym pełnomocnictwo to miało być złożone w oryginale lub kopii notarialnie poświadczonych. Konsorcjum E. do swojej oferty załączyło pełnomocnictwo ustanawiające Wykonawcę E. E. sp. z o.o. (dalej „Wykonawca E”) jako pełnomocnika Konsorcjum E. Pełnomocnictwo to w imieniu drugiego Wykonawcy G podpisał wyłącznie H. P. K. – prezes Wykonawcy G. Jednak jak wynika ze złożonego przez Konsorcjum E. wyciągu z rejestru sądowego dla Wykonawcy G, H. P. K. nie jest uprawniony do samodzielnej reprezentacji ww. spółki. W wyciągu z rejestru sądowego jasno i wyraźnie wskazano, że w spółce tej obowiązuje reprezentacja łączna.

Zamawiający dostrzegł powyższe i pismem z dnia 3 lipca 2017 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Konsorcjum E. do złożenia dokumentu pełnomocnictwa uprawniającego prezesa Wykonawcy G do samodzielnej reprezentacji w zakresie udzielania dalszego pełnomocnictwa.

W odpowiedzi Konsorcjum E. 10 lipca 2017 r. złożyło nowe pełnomocnictwo. Zamiast umocowania dla H. P. K. złożono pełnomocnictwo ustanawiające Wykonawcę E jako pełnomocnika Konsorcjum E. Tym razem pełnomocnictwo udzielone przez Wykonawcę G zostało podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji, tj. przez prezesa i prokurenta. Nie sposób jednak nie zauważyć, że Konsorcjum E. złożyło inne pełnomocnictwo, niż te wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu, tj. zamiast umocowania dla H. P. K. złożyło pełnomocnictwo ustanawiające Wykonawcę E jako pełnomocnika Konsorcjum E. Ponadto nowe pełnomocnictwo nie zostało złożone w prawidłowej formie, bezwzględnie wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ, tj. nie zostało złożone ani w oryginale, ani w kopii notarialnie poświadczonej. Nowe pełnomocnictwo zostało bowiem złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem wyłącznie przez prokurenta Wykonawcy E – A. S.. Takiej formy pełnomocnictwa Zamawiający nie dopuścił w SIWZ, jasno i wyraźnie wskazując tam, że wymaga oryginału lub kopii notarialnie poświadczonej. Tym samym treść oferty Konsorcjum E. nie odpowiada treści SIWZ i to mimo wezwania Konsorcjum E. do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że złożenie pełnomocnictwa w niewłaściwej formie jest niewątpliwie niezgodnością oferty z SIWZ o charakterze merytorycznym a nie formalnym. Zgodnie bowiem z art. 18 pkt 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020) w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r. oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo – za zgodą zamawiającego – w postaci elektronicznej, podpisane odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie zgodził się na składanie ofert w postaci elektronicznej, zatem formą oferty wymaganą pod rygorem nieważności jest forma pisemna. Zgodnie z art. 99 § 1 K.c. jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Jak się powszechnie przyjmuje w orzecznictwie i literaturze przedmiotu skutkiem niezachowania wymaganej formy udzielenia pełnomocnictwa wynikającej z ww. artykułu będzie zawsze nieważność pełnomocnictwa. Zamawiający zatem świadomie

i celowo żądał złożenia pełnomocnictwa w oryginale lub kopii notarialnie poświadczonej (czyli równoważnej oryginałowi), gdyż chciał mieć pewność, iż pełnomocnik jest faktycznie uprawniony do podpisania oferty w imieniu mocodawcy.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności przesądzają jednocześnie o nieważności oferty Konsorcjum E. na podstawie odrębnych przepisów, tj. na podstawie art. 104 zdanie pierwsze K.c. W rezultacie uznać trzeba, że w Wykonawca E nie został umocowany do działania w imieniu Wykonawcy G i działał w jego imieniu jako rzekomy pełnomocnik, czyli bez umocowania. Jak się powszechnie przyjmuje w orzecznictwie i literaturze przedmiotu jeśli na podstawie nieważnego pełnomocnictwa w imieniu mocodawcy dokonana zostanie czynność prawna, zastosowanie znajdują art. 103 i 104 K.c. Zgodnie z art. 104 zdanie pierwsze K.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Tym samym ofertę złożoną przez Wykonawcę E w imieniu Wykonawcy G. uznać należy za nieważną, gdyż jest to jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania.

Odnosnie zdania drugiego art. 104 K.c., zgodnie z którym gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania, wskazać trzeba, że w tej sprawie Zamawiający nie zgodził się na działanie bez umocowania. Powyższe wynika w sposób oczywisty z przytoczonych powyżej fragmentów SIWZ, przede wszystkim z Rozdziału I pkt 5 SIWZ. Tym samym zastosowanie zdania drugiego art. 104 K.c. nie wchodzi w rachubę.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum E., pomimo że nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp – zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez Konsorcjum E. za odrzuconą, pomimo że została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wskazał w SIWZ (Rozdział V pkt 1 SIWZ), że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca; który nie podlega wykluczeniu z Postępowania; w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Pzp, z zastrzeżeniem art. 133 ust. 4 Pzp, oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2, 4 i 8 Pzp.

Odpowiednio do powyższego Zamawiający wskazał dalej w SIWZ (Rozdział V pkt 3 SIWZ), że w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, z powodów określonych w pkt 1 oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu, o których

mowa w pkt 2, wykonawca dołącza do oferty aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie JEDZ sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE.

Zamawiający podał, że w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, JEDZ składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w Postępowaniu lub brak podstaw wykluczenia

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, nie ma żadnych wątpliwości, że w przypadku Konsorcjum E. każdy z wykonawców był obowiązany złożyć JEDZ w celu wstępnego potwierdzenia, że nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w SIWZ. Konsorcjum E. wraz ze swoją ofertą złożyło JEDZ wypełniony i podpisany wyłącznie przez Wykonawcę E, nie złożyło natomiast JEDZ dla Wykonawcy G. Z niezrozumiałych przyczyn Zamawiający nie dostrzegł powyższego i nie wezwał Konsorcjum E. do uzupełnienia w tym zakresie. Zamawiający natomiast, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał Konsorcjum E. „[...]do złożenia wszystkich oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 5 ppkt 1, ppkt 2 i ppkt 3 rozdziału V SIWZ[...]” (pismo Zamawiającego z dnia 30 maja 2017 r.).

W odpowiedzi Konsorcjum E. złożyło m. in. JEDZ dla Wykonawcy G, a dokładnie (1) tłumaczenie JEDZ z języka angielskiego na język polski poświadczane przez M. K. prezesa zarządu Wykonawcy E oraz (2) JEDZ w języku angielskim dla Wykonawcy G, podpisany zgodnie z zasadami reprezentacji ww. spółki, tj. przez prezesa i prokurenta.

Proste porównanie tłumaczenia JEDZ z dokumentem JEDZ w języku angielskim pokazuje, że tłumaczenie te jest niezgodne z treścią JEDZ w języku angielskim. O ile bowiem w tłumaczeniu JEDZ wskazano, przez zaznaczenie odpowiednich opcji w poszczególnych rubrykach, że wobec Wykonawcy G. nie zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania, o tyle w JEDZ w języku angielskim takiego oświadczenia (zaznaczenia) brak. Innymi słowy, w JEDZ w języku angielskim brak jest zaznaczenia odpowiednich opcji w poszczególnych rubrykach i tym samym brak jest oświadczenia, że wobec Wykonawcy G nie zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania.

Odwołujący wskazał przykładowo na braki w Części III: Podstawy wykluczenia, C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, w których w JEDZ w języku angielskim brak jest oświadczeń o niepodleganiu przez Wykonawcę G. wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp,

podczas gdy oświadczenia takie zawarto w tłumaczeniu tego dokumentu na język polski. Ponadto w JEDZ w języku angielskim, w rubryce dotyczącej podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, podano dodatkowe informacje dotyczące zupełnie innej przesłanki wykluczenia z Postępowania, tj. przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, które to informacje powinny być zamieszczone w innej rubryce JEDZ. Co więcej, w tłumaczeniu JEDZ te dodatkowe informacje zostały po przetłumaczeniu zamieszczone w prawidłowej, czyli innej, rubryce JEDZ.

Podsumowując, uzupełniony przez Konsorcjum E. JEDZ w języku angielskim nie może być uznany za choćby wstępne potwierdzenie, że Wykonawca G. nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Wykonawca G. nie złożył bowiem w JEDZ praktycznie żadnych oświadczeń w tym zakresie (nie zaznaczył odpowiednich opcji w poszczególnych rubrykach).

Odwołujący podkreślił, że nie dla każdej przesłanki wykluczenia z Postępowania przewidziano złożenie innych niż JEDZ dokumentów czy oświadczeń. Przykładowo, w przypadku wskazanych przez Zamawiającego przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp jedynym dokumentem potwierdzającym brak wykluczenia na ich podstawie jest właśnie oświadczenie składane przez wykonawcę w JEDZ, ponieważ ustawodawca nie przewidział składania żadnych innych dokumentów czy oświadczeń dotyczących tej kwestii. W rezultacie, mimo uzupełnienia przez Konsorcjum E. JEDZ dla Wykonawcy G. Zamawiający nadal nie dysponuje oświadczeniem Wykonawcy G., że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z Postępowania, w tym przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. Tym samym uznać trzeba, że Konsorcjum E. nie wykazało braku podstaw wykluczenia Wykonawcy G. W rezultacie Konsorcjum E. podlega wykluczeniu z Postępowania zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Następnie Odwołujący podał, że w świetle wymogów Zamawiającego (Rozdział V pkt 8 SIWZ) obowiązkiem wykonawców było złożenie oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w terminie 3 dni od zamieszczenia przez Zamawiającego na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 Pzp. W przypadku składania oferty wspólnej ww. oświadczenie składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną.

W świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że w przypadku Konsorcjum E., każdy z wykonawców był obowiązany złożyć oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Takie oświadczenie należało złożyć bez

odrębnego wezwania w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia przez Zamawiającego na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 Pzp.

Wykonawca E. złożył ww. oświadczenie z zachowaniem ustawowego terminu, tj. w dniu 19 maja 2017 r. (informacja, o której mowa w art. 86 ust. 5 Pzp, została zamieszczona na stronie internetowej w dniu 16 maja 2017 r.). Natomiast Wykonawca G ww. oświadczenia w ustawowym terminie nie złożył. W dniu 23 maja 2017 r. do Zamawiającego wpłynął mail od Wykonawcy E., podpisany przez A. P., w którym przesłano skan ww. oświadczenia ze wskazaniem, że oryginał dokumentu zostanie niezwłocznie przesłany pocztą tradycyjną (co miało miejsce 24 maja 2017 r.).

Zarówno ze skanu oświadczenia, jak i z oryginału dokumentu wynika, że został on podpisany niezgodnie z zasadami reprezentacji Wykonawcy G., analogicznie jak w przypadku pełnomocnictwa objętego wcześniejszym zarzutem odwołania.

Zamawiający dostrzegł powyższe i pismem z dnia 3 lipca 2017 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Konsorcjum E. do złożenia pełnomocnictwa uprawniającego prezesa do samodzielnej reprezentacji w zakresie udzielania dalszego pełnomocnictwa.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum E. w dniu 10 lipca 2017 r. złożyło nowe pełnomocnictwo. Mianowicie zamiast umocowania H. P. K. Konsorcjum E. złożyło pełnomocnictwo ustanawiające Wykonawcę E. pełnomocnikiem konsorcjum. Co więcej, nowe pełnomocnictwo nie zostało złożone w prawidłowej formie, bezwzględnie wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ, tj. nie zostało złożone ani w oryginale, ani w kopii notarialnie poświadczonej. Powyższe powoduje, że uzupełnione pełnomocnictwo nie odpowiada treści SIWZ oraz jest nieważne, co zostało szczegółowo omówione powyżej. Podkreślenia wymaga, że uzupełnione pełnomocnictwo nie upoważnia też H. P. K. do złożenia w imieniu Wykonawcy G oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

W rezultacie, mimo uzupełnienia przez Konsorcjum E. oświadczenia Wykonawcy G o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, Zamawiający nadal nie dysponuje ww. oświadczeniem podpisanym przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy G. Uzupełnione oświadczenie zostało podpisane wyłącznie przez H. P. K. , który nie jest uprawniony do samodzielnej reprezentacji Wykonawcy G. Tym samym uznać trzeba, że Konsorcjum E. nie wykazało braku podstaw wykluczenia Wykonawcy G. W rezultacie Konsorcjum E. podlega wykluczeniu z Postępowania zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący wskazał następnie, że Zamawiający w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. b określił minimalny poziom zdolności technicznej lub zawodowej przez wskazanie na dysponowanie:

1. minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub decyzję potwierdzającą odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, jednocześnie posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową lub nadzorze nad inwestycją,
2. minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w ograniczonym zakresie lub bez ograniczeń lub decyzję potwierdzającą odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, jednocześnie posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową lub nadzorze nad inwestycją,
3. minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych lub decyzję potwierdzającą odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, jednocześnie posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową lub nadzorze nad inwestycją.

W świetle powyższego nie ma najmniejszych wątpliwości, że w przypadku trzech ww. osób Zamawiający wymagał co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu budową lub nadzorze nad inwestycją.

Zamawiający wskazał dalej w SIWZ (Rozdział V pkt 5 ppkt 2 lit. c SIWZ), że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia (aktualność dot. ppkt 1 i 2) oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 2, tj.: wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania

tymi osobami. W przypadku składania oferty wspólnej wykonawcy składają jeden wspólny wykaz. Oświadczenie należy złożyć w oryginale.

Konsorcjum E. na wezwanie Zamawiającego złożyło w dniu 16 czerwca 2017 r. wykaz osób. Zamawiający prawidłowo dostrzegł, że ww. wykaz nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu i pismem z dnia 3 lipca 2017 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Konsorcjum E. do złożenia wykazu osób.

W uzasadnieniu powyższego wezwania Zamawiający słusznie wskazał, że: „[...]Z załączonego przez Wykonawcę Wykazu osób nie wynika, że dysponuje On lub będzie dysponować:

- a) minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia energetyczne na stanowisku dozoru (D grupy 1, 2, 4, 10) i która brała udział w rozruchu elektrowni wodnych (wskazany w Wykazie... Pan K. S. posiada świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji;
- b) minimum jedną osobą posiadającą budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych lub decyzję potwierdzającą odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, jednocześnie posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową lub nadzorze nad inwestycją (wskazany w Wykazie... Pan P. J. posiada uprawnienia w specjalności instalacji i urządzeń sanitarnych uprawniające do sporządzania projektów instalacji i urządzeń sanitarnych oraz prostych projektów budów] ano-konstrukcyjnych w zakresie w jakim projekty wchodzi jako elementy budowlane do projektów instalacji i urządzeń sanitarnych),[...].”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum E. w dniu 10 lipca 2017 r. złożyło poprawiony wykaz osób. Odwołujący oświadczył, że po zapoznaniu się zarówno z wykazem osób złożonym pierwotnie, jak i z wykazem osób złożonym wskutek wezwania do uzupełnienia, stwierdza, że z wykazów tych nie wynika spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. Mianowicie z opisu doświadczenia osób wskazanych w obu ww. wykazach, tj. M. K., J.F. i P. J. nie wynika, że posiadają oni wymagane przez Zamawiającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową lub nadzorze nad inwestycją. Opisując doświadczenie ww. osób Konsorcjum E. ograniczyło się do wskazania ogólnej liczby lat doświadczenia zawodowego w zakresie kierowania budową oraz

wskazania nie więcej niż dwóch inwestycji, przy realizacji których pracowała dana osoba. Podkreślić przy tym trzeba, że w wykazie osób nie podano okresu przez jaki dana osoba pracowała przy realizacji danej inwestycji, wskazano jedynie miesiąc i rok zrealizowania (czyli zakończenia danej inwestycji). W rezultacie na podstawie informacji podanych w wykazie osób nie sposób ustalić, czy okres przez jaki dana osoba pracowała przy realizacji danej inwestycji faktycznie daje wymagane warunkiem udziału w postępowaniu co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową lub nadzorze nad inwestycją.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wymagał legitymowania się nie ogólną liczbą lat doświadczenia zawodowego, lecz określoną, minimalną liczbą lat doświadczenia zawodowego w specyficznym zakresie, tj. w kierowaniu budową lub nadzorze nad inwestycją. W ocenie Odwołującego wykazanie spełniania tak sformułowanego warunku musiało nastąpić przez wskazanie konkretnych inwestycji i okresu, przez który dana osoba pracowała przy realizacji danej inwestycji, co potwierdza utrwalone orzecznictwo Izby. Generalnie w jego świetle nie budzi wątpliwości, że wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawca nie może ograniczyć się w wykazie osób do powtórzenia warunku, powinien podać natomiast konkretne informacje pozwalające uznać, że dana osoba spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Odwołujący zasygnalizował również, że wskazany w obu wykazach osób Maciej Kowalik uzyskał uprawnienia budowlane w dniu 30 grudnia 2011 r. (uprawnienia budowlane nr SWK/0120/OWOK/11 z dnia 30 grudnia 2011 r.) Oznacza to, że aby uzyskać wymagane przez Zamawiającego co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu budową lub nadzorze nad inwestycją M. K. musiałby praktycznie nieprzerwanie od chwili uzyskania uprawnień budowlanych zajmować się kierowaniem budową lub nadzorem nad inwestycją. Powyższe jest bardzo mało prawdopodobne, a zasadnicze wątpliwości co do doświadczenia M. K. powiększa to, że w wykazie osób wskazano zaledwie dwie inwestycje, przy realizacji których pracował, tj.:

1. Budowa Małej Elektrowni Wodnej na zaporze C. zlokalizowanej na rzece C.S., województwo ś.; zrealizowane: 09.2013 r.,
2. Rozbudowa przepompowni wody w miejscowości Linów; zrealizowane: 04.2015 r.

Tym samym uznać trzeba, że Konsorcjum E. nie wykazało spełniania warunków udziału w Postępowaniu, w rezultacie czego podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Następnie Odwołujący podał, że Zamawiający wskazał w SIWZ (Rozdział V pkt 2, ppkt 2 lit. b SIWZ) minimalny poziom zdolności technicznej lub zawodowej określając go jako

dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia energetyczne na stanowisku dozoru (D grupy 1, 2, 4, 10) i która brała udział w rozruchu elektrowni wodnych.

W świetle powyższego nie ma najmniejszych wątpliwości, że w przypadku ww. osoby Zamawiający wymagał udziału w rozruchu elektrowni wodnych (liczba mnoga), czyli więcej niż jednej elektrowni wodnej.

Konsorcjum E. na wezwanie Zamawiającego złożyło w dniu 16 czerwca 2017 r. wykaz osób. Zamawiający prawidłowo dostrzegł, że ww. wykaz nie potwierdza spełnienia warunku udziału w Postępowaniu i pismem z dnia 3 lipca 2017 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Konsorcjum E. do złożenia wykazu osób, wskazując na zacytowane powyżej wątpliwości.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum E. w dniu 10 lipca 2017 r. złożyło poprawiony wykaz osób. Odwołujący, po zapoznaniu się zarówno z wykazem osób złożonym pierwotnie, jak i z wykazem osób złożonym wskutek wezwania do uzupełnienia, stwierdza, że z wykazów tych nie wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Mianowicie z opisu doświadczenia osoby wskazanej w obu ww. wykazach jako posiadającej uprawnienia energetyczne, tj. K. S., nie wynika, że brał udział w rozruchu elektrowni wodnych (liczba mnoga), czyli więcej niż jednej elektrowni wodnej. W obu wykazach Konsorcjum E. opisało doświadczenie ww. osoby w następujący sposób: „[...]brał udział w rozruchu elektrowni wodnej przy realizacji: Reaktywowanie małej elektrowni wodnej na zbiorniku retencyjnym w Strykowie wraz z wykorzystaniem potencjału ekoenergetycznego obszaru zalewu S., zrealizowane: 07.2016r.[...]”. Innymi słowy z wykazu osób wynika, że K.S. brał udział w rozruchu jednej elektrowni wodnej a nie jak tego wymagano w warunku w rozruchu elektrowni wodnych. Tym samym uznać trzeba, że Konsorcjum E. nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i podlega wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący podał, że na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Konstrukcja powyższego przepisu jest oczywista – to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jeżeli tego nie uczyni, to zamawiający ma obowiązek wykluczyć go z postępowania. W świetle Pzp nie ma zatem żadnego domniemania

spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, nie ma też żadnego domniemania braku podstaw wykluczenia z postępowania. Powyższe nie budziło wątpliwości jeszcze przed zmianą art. 24 ustawy Pzp dokonaną 28 lipca 2016 r. Przypomnieć trzeba, że obowiązujący do 28 lipca 2016 r. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp posługiwał się identycznym sformułowaniem co obecny art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, nakazując wykluczenie wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dodał, że nie ma przy tym znaczenia, czy obiektywnie dany wykonawca spełnia postawione przez Zamawiającego warunki i nie podlega wykluczeniu z postępowania, jeżeli tego nie wykazał w wymagany przez Zamawiającego sposób. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum E. nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i nie wykazało braku podstaw wykluczenia w wymagany przez Zamawiającego sposób, tj. poprzez złożenie dokumentów i oświadczeń żądanych w SIWZ.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3a Pzp – ponowne wezwanie Konsorcjum E. do złożenia stosownego pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy G., pomimo że zostało już wcześniej wezwane do złożenia takiego pełnomocnictwa i nie uzupełniło go skutecznie, oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust 3 Pzp – wezwanie Konsorcjum E. do złożenia formularza JEDZ dla Wykonawcy G., pomimo że już wcześniej złożyło ten formularz bez wezwania Zamawiającego, czym uniemożliwiło wezwanie do jego kolejnego uzupełnienia i to niezależnie od przyczyny i zakresu uzupełnienia

Odwołujący przypomniał, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonana przez Zamawiającego w dniu 27 lipca 2017 r., jest drugą taką czynnością w Postępowaniu. Pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający dokonał w dniu 13 lipca 2017 r., przy czym przed upływem terminu do wniesienia odwołania na tą czynność Zamawiający samodzielnie ją unieważnił, o czym poinformował Odwołującego w dniu 21 lipca 2017 r. Następnie Zamawiający, również w dniu 21 lipca 2017 r., wezwał Konsorcjum E. do złożenia stosownego pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy G oraz do złożenia formularza JEDZ dla Wykonawcy G. (pismo Zamawiającego z dnia 21 lipca 2017 r.). Uzasadniając wezwanie do złożenia pełnomocnictwa Zamawiający słusznie wskazał, że w dokumentach z 6 lipca 2017 r. znalazło się pełnomocnictwo niezgodne z SIWZ, ponieważ Konsorcjum E. nie złożyło oryginału pełnomocnictwa z 11 maja 2017 r. podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentacji, a jedynie skan pełnomocnictwa potwierdzony za zgodność przez prokurenta Wykonawcy E.

Z kolei uzasadniając wezwanie do złożenia JEDZ Zamawiający prawidłowo wskazał na omówione powyżej różnice pomiędzy JEDZ w języku angielskim a jego tłumaczeniem na język polski.

Odwołujący podsumował, że powyższe trafne uwagi Zamawiającego nie zmieniają faktu, że ww. wezwanie do złożenia dokumentów dokonane zostało z naruszeniem prawa. Zgodnie bowiem z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem KIO wezwanie do uzupełnienia ma charakter wyjątku od zasady i jak każdy wyjątek winno być wykładane ściśle. W szczególności nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wykonawca wezwany do złożenia prawidłowego dokumentu składa dokument obciążony innymi wadami niż wskazane w wezwaniu do uzupełnienia a zamawiający, dostrzegając te wady, ponownie wzywa wykonawcę do uzupełnienia prawidłowego dokumentu. Zarówno w świetle literalnego brzmienia przepisu art 26 ust. 3 i 3a Pzp jak i orzecznictwa Izby wezwanie do uzupełnienia może nastąpić tylko raz, a jego efektem powinno być złożenie przez wykonawcę dokumentów prawidłowych, pozbawionych wad. Skoro Konsorcjum E. zdecydowało się, złożyć inne pełnomocnictwo niż zażądane przez Zamawiającego, to powinno zadbać o to, aby pełnomocnictwo to zostało złożone w prawidłowej formie, bezwzględnie wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ, tj. w oryginale lub w kopii notarialnie poświadczonej. Z oczywistych względów Zamawiający wzywając Konsorcjum E. do złożenia umocowania dla H. P. K. nie wiedział i nie mógł wiedzieć, że zamiast ww. umocowania złożone zostanie pełnomocnictwo dla Wykonawcy E, a przede wszystkim nie wiedział i nie mógł wiedzieć, że pełnomocnictwo to zostanie złożone w nieprawidłowej formie. Zatem wezwanie Zamawiającego nie musiało, a przede wszystkim w przedmiotowym przypadku nie mogło odnosić się do powyższych kwestii. Konsorcjum E. wiedziało natomiast jakiego pełnomocnictwa oczekuje od niego Zamawiający i w jakiej formie powinno zostać złożone.

Odnosnie ponownego wezwania dotyczącego formularza JEDZ Odwołujący wyjaśnił, że Konsorcjum E. wraz ze swoją ofertą złożyło JEDZ wypełniony i podpisany wyłącznie przez Wykonawcę E, nie złożyło natomiast JEDZ dla Wykonawcy G. Z niezrozumiałych przyczyn Zamawiający nie dostrzegł powyższego i nie wezwał Konsorcjum E. do uzupełnienia w tym zakresie. Zamawiający natomiast na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał konsorcjum „[...]do złożenia wszystkich oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 5 ppkt 1, ppkt 2 i ppkt 3 rozdziału V SiWZ[...]” (pismo Zamawiającego z dnia 30 maja 2017 r.). W odpowiedzi na powyższe wezwanie złożone zostały (1) tłumaczenie JEDZ z języka angielskiego na język polski, poświadczone przez M. K. – prezesa zarządu Wykonawcy E. oraz (2) JEDZ w języku angielskim dla Wykonawcy G. podpisany zgodnie z zasadami reprezentacji ww. spółki, tj. przez prezesa i prokurenta. Uzupełniony JEDZ w języku

angielskim nie może być uznany za choćby wstępne potwierdzenie, że Wykonawca G. nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Wykonawca G. nie złożył bowiem w JEDZ w języku angielskim praktycznie żadnych oświadczeń w tym zakresie (nie zaznaczył odpowiednich opcji w poszczególnych rubrykach).

Podsumowując, Konsorcjum E. uzupełniło JEDZ dla Wykonawcy G. samodzielnie, tj. bez oficjalnego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednocześnie to, że Konsorcjum E. uzupełniło JEDZ samodzielnie, w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO, uniemożliwia wezwanie Konsorcjum E. do kolejnego uzupełnienia JEDZ i to niezależnie od przyczyny i zakresu uzupełnienia.

Ze względu na powyższe czynność Zamawiającego z dnia 21 lipca 2017 r., polegającą na wezwaniu Konsorcjum E. do złożenia JEDZ dla Wykonawcy G., pomimo że Konsorcjum E. już wcześniej złożyło JEDZ bez wezwania Zamawiającego, oceniać należy jako rażące naruszenie ww. przepisów Pzp.

IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw.art. 91 ust. 1 Pzp – dokonanie wyboru oferty Konsorcjum E. jako najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty

Odwołujący stwierdził, że powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych wcześniej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez Konsorcjum E. podlega odrzuceniu, natomiast Konsorcjum E. podlega wykluczeniu z Postępowania, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Co więcej, po odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum E., jak i po wykluczeniu Konsorcjum E. z Postępowania, oferta Odwołującego będzie jedyną nieodrzuconą ofertą.

Z ostrożności procesowej Odwołujący odniósł się do kwestii dopuszczalności wezwania Konsorcjum E. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W ocenie Odwołującego takie wezwanie nie jest możliwe z szeregu względów.

Po pierwsze, jak to zostało wykazane powyżej, oferta Konsorcjum E. podlega odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, jak i z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów, tj. na podstawie art. 104 zdanie pierwsze K.c. Konsorcjum E. zostało już wezwane przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa i mimo tego wezwania nie przedstawiło Zamawiającemu

niezbędnego pełnomocnictwa w oryginale lub kopii notarialnie poświadczonej. Co więcej, Konsorcjum E., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, nie przedstawiło pełnomocnictwa dla H. P. K., o co wprost wnosił Zamawiający w swoim wezwaniu.

Zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem KIO wezwanie do uzupełnienia ma charakter wyjątku od zasady i choćby z tego względu może mieć miejsce tylko jednokrotnie. Ze względu na powyższe nie jest i nie było możliwe ponowne wezwanie Konsorcjum E. w trybie art. 26 ust. 3a Pzp do złożenia stosownego pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy G. Wadliwość oferty Konsorcjum E. w tym zakresie ma charakter nieusuwalny.

Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp zamawiający nie może wezwać wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, a tak jest właśnie w przypadku oferty Konsorcjum E., co wykazano powyżej.

Po drugie, jak to podniesiono powyżej, Konsorcjum E. szereg dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia uzupełniło samodzielnie, tj. bez oficjalnego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W ten właśnie sposób uzupełniono m.in. JEDZ dla Wykonawcy G. oraz jego oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Jak to wykazano powyżej oświadczenia te, mimo ich uzupełnienia, nadal nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Jednocześnie to, że Konsorcjum E. uzupełniło je samodzielnie, tj. bez oficjalnego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO uniemożliwia wezwanie go do ich kolejnego uzupełnienia i to niezależnie od przyczyny i zakresu uzupełnienia.

Pismem z 9 sierpnia 2017 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający uwzględnił przedstawione w nim zarzuty w całości.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum E. wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez ww. (dalej również „Przystępujący”) przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła Konsorcjum E. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania i przedstawił następujące stanowisko w sprawie.

W pierwszej kolejności stwierdził, że odwołanie podlega odrzuceniu, jako że przedstawione w nim zarzuty są spóźnione.

Odwołujący w dniu 13 lipca 2017 r. powziął informacje o czynnościach, czy jak również podnosi, zaniechaniach Zamawiającego. Nie skorzystał wówczas z prawa do zaskarżenia czynności/zaniechań Zamawiającego, a jedynie powiadomił Zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp o czynności niezgodnej z przepisami. Podniesione obecnie zarzuty stanowią w istotnej części powielenie treści pisma Odwołującego z dnia 13 lipca 2017 r. Natomiast już w dniu 21 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, tj. pełnomocnictwa i JEDZ. Odwołujący powinien skorzystać ze środka ochrony prawnej w odniesieniu do wyników pierwszej czynności badania i oceny ofert, o której Zamawiający poinformował wykonawców. Odwołanie wykonawcy podlega odrzuceniu, jeżeli korzysta on z tego środka po powtórny badaniu i ocenie ofert, gdy jego sytuacja w postępowaniu nie uległa żadnej zmianie.

Konsorcjum E. stwierdziło, że zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej wymaga, aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art. 182, art. 185, art. 186 ust. 4, art. 189 ust. 1 i 2 Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie uprawnień wykonawcy składającego przedmiotowe odwołanie do skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Następnie Przystępujący odniósł się merytorycznie do zarzutów odwołania.

Podkreślił, że oferta została złożona w formie pisemnej, jak również pełnomocnictwo do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie zostało udzielone w formie pisemnej. Oferta została podpisana przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Zgodnie z treścią § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126) dokumenty składane się w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Skoro pełnomocnik

poświadczył kopię dokumentu za zgodność z oryginałem, to niewątpliwe pełnomocnictwo zostało sporządzone w formie właściwej, a zostało jedynie przesłane Zamawiającemu w formie określonej w Rozporządzeniu. Samo posłużenie się wtórnikami dokumentu nie jest wystarczająca podstawa do uznania oferty za nieważną, w sytuacji, w której pełnomocnictwo zostało w formie pisemnej udzielone.

Konsorcjum E. podkreśliło, że brak pełnomocnictwa jest brakiem usuwalnym. Tym samym fakt złożenia oferty przez podmiot, który tego umocowania nie wykazał, nie może być *a priori* uznany za czynność prawną nieważną. W przypadku złożenia pełnomocnictwa w formie kopii poświadczonej przez Przystępującego to Zamawiający winien na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp wezwać Konsorcjum E. do złożenia pełnomocnictwa w oryginale lub kopii poświadczonej notarialnie, co też Zamawiający uczynił w dniu 21 lipca 2017 r. Przystępujący w terminie określonym w wezwaniu, tj. w dniu 26 lipca 2017 r., uzupełnił przedmiotowy dokument.

Takie wezwanie – wbrew twierdzeniom Odwołującego – w żaden sposób nie naruszyło zasady jednokrotnego wezwania. W wezwaniu dnia 3 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia umocowania dla Pana H. P. K. w zakresie udzielania dalszego pełnomocnictwa. Zamawiający nie wezwał do złożenia umocowania dla osoby, która podpisała ofertę w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, czyli pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum. Ponadto, w wezwaniu tym Zamawiający nie wskazał, że dokument ma być złożony w formie oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie. Zatem treść wezwania z dnia 3 lipca 2017 r. była wadliwa, a w związku z tym, Konsorcjum E. nie może z tego tytułu ponosić negatywnych konsekwencji. Natomiast w przypadku wadliwości wezwania należy wskazać, że zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa, nie można mówić o kolejnym wezwaniu, gdyż jeżeli pierwsze wezwanie było wadliwe, to w dalszym ciągu mamy do czynienia z jednym wezwaniem a nie kolejnymi wezwaniem. Z treści wezwania winno wynikać dokładne poinformowanie wykonawcy, jakie braki zamawiający stwierdził w danej ofercie, i jakiego ich usunięcia oczekuje. Jeżeli mówić, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 26 ust.3 Pzp, to wobec Przystępującego, przez niepełne zredagowanie wezwania do uzupełnienia stwierdzonego braku. Jako takie, wezwanie nie wywołało skutków prawnych, jakie wiążą się z wyczerpaniem procedury z art. 26 ust. 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego Przystępujący podał, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa możliwe jest kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, jednakże dotyczące innych okoliczności niż uprzednie wezwanie.

Zatem w przedmiotowej sprawie nie można mówić od dwukrotnym uzupełnieniu, gdyż wezwania dotyczyły zupełnie innych okoliczności.

Konsorcjum E. stwierdziło, że nie można uznać, jakoby dokonanie wezwania do uzupełnienia dokumentów uniemożliwiało zamawiającemu dokonania czynności wezwania do złożenia oryginału dokumentu, gdyż są to dwie różne czynności. Jeżeli pełnomocnictwo załączone do oferty upoważnia do złożenia oferty w postępowaniu z uwagi na jego treść, to zamawiający powinien jedynie wezwać do uzupełnienia jego formy to jest oryginału lub kopii potwierdzonej notarialnie. Zatem w przedmiotowej sprawie w żadnym wypadku nie można mówić, iż oferta złożona przez Przystępującego jest nieważna.

Odnosnie zarzutów dotyczących niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i niewykazania braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum E. podało, że wbrew twierdzeniem Odwołującego, Zamawiający nie kwestionował okresu doświadczenia dla osób wskazanych w wykazie osób i w tym zakresie nie wzywał do uzupełnienia. W treści wezwania z dnia 3 lipca 2017 r. Zamawiający wskazał, że „[...]z załączonego przez Wykonawcę Wykazu osób nie wynika, że dysponuje On lub będzie dysponować:

- a) minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia energetyczne na stanowisku dozoru (wskazany w wykazie Pan K. S. posiada świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji)
- b) minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji wodociągowych i kanalizacyjnych (wskazany w Wykazie Pan P. J. posiada uprawnienia w specjalności instalacji sanitarnych i urządzeń sanitarnych uprawniające do sporządzenia projektów instalacji i urządzeń oraz prostych projektów budowlano-konstrukcyjnych w zakresie w jakim projekty wchodzi w elementy budowlane do projektów instalacji i urządzeń sanitarnych)[...]”.

Zatem uzupełnienia Przystępującego odnosiły się do zakresu wezwania Zamawiającego i w tym zakresie dokumenty zostały uzupełnione.

Przystępujący podkreślił, że w wykazie osób wskazał, że wymienione tam osoby mają wymagane doświadczenie i jednocześnie podał przykładowe realizacje i wskazał daty zakończenia danej inwestycji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wymóg podania w wykazie osób precyzyjnie dat realizacji zlecenia w formule: data, miesiąc, rok nie wynika

z regulacji ustawowych. Zatem brak jest podstawy do twierdzenia, że Zamawiający winien wykluczyć Przystępującego. Nawet gdyby przyjąć, że informacje wskazane w wykazie były lakoniczne, to Zamawiający zobowiązany był do wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełniania dokumentu. Ponadto, wezwanie przez Zamawiającego w takim zakresie nie naruszałoby zasady jednokrotnego wezwania. W orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, że wykonawca nie może domyślać się jaki jest rzeczywisty zakres wezwania i nie powinien być stawiany w takiej sytuacji, że po ogólnym, niejednoznacznym wezwaniu, gdzie tylko część zakresu wezwania została jasno określona – zamawiający przypisuje mu nastąpienie brak dokumentów pozostałej części, która nie została sposób jasny wyartykułowana.

Ponadto nie można zgodzić się również z poglądem Odwołującego jakoby w orzecznictwie ugruntowane było stanowisko, jakoby samodzielnie uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę bez wezwania zamawiającego powodowało niemożliwość wezwania przez Zamawiającego, jeżeli samodzielnie złożony dokument jest wadliwy. Samodzielne uzupełnienie dokumentów, o których stanowi art. 25 ust. 1 Pzp nie może rodzić żadnych skutków i jest nieskuteczne. Oznacza to wprost, że nawet jeżeli wykonawca z własnej inicjatywy dokona uzupełnienia, to czynność ta nie będzie traktowana jako równoważna uzupełnieniu, o którym stanowi art. 26 ust. 3 Pzp. Tak jednoznaczne stanowisko znajduje swoje uzasadnienie w treści przywołanego przepisu, w którym ustawodawca posłużył się klauzulami bezwzględnie obowiązującymi, że to zamawiający wzywa wykonawców oraz, że dokumenty składane są na wezwanie zamawiającego. Można zatem wysnuć wniosek, że inicjatywa w materii uzupełniania dokumentów znajduje się całkowicie w rękach zamawiającego. Zamawiający zobowiązany był zatem do wezwania wykonawcy do uzupełnienia JEDZ i w żadnym wypadku nie naruszył art. 26 ust.3 Pzp.

Podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczące złożenia oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej również nie znajdują uzasadnienia. Przystępujący złożył wymagany dokument podpisany przez osoby umocowane do działania w imieniu Wykonawcy G. Nawet gdyby przyjąć, że dokument ten nie został złożony to i tak Zamawiający zobowiązany byłby do wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3, do jego uzupełnienia. Samo niedochowanie terminu, o którym mowa w art. 24 ust. 11 Pzp, na złożenie wskazanego oświadczenia, nie powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Niedochowanie tego terminu nie zostało bowiem obwarowane przez ustawodawcę sankcją wykluczenia z postępowania, zaś katalog podstaw do wykluczenia z postępowania ma charakter zamknięty i nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Niemniej jednak zamawiający powinien dokonać weryfikacji braku przynależności do tej

samej grupy kapitałowej wykonawców ubiegających się o to samo zamówienie (jego część), która to przynależność mogłaby prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Jest to jedna z obligatoryjnych przesłanek oceny podmiotowej wykonawców w postępowaniu, odnosząca się do braku podstaw do wykluczenia z postępowania, opisana w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. W przypadku niezłożenia samodzielnie przez wykonawcę takiego oświadczenia, zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia takiego dokumentu, wyznaczając wykonawcy odpowiedni termin na dokonanie takiej czynności. Dopiero brak uzupełnienia na wezwanie zamawiającego powinien skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Przystępujący podkreślił, że Zamawiający nie wzywał go do złożenia oświadczenia dot. grupy kapitałowej.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Przystępujący dodatkowo wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Odwołanie, wbrew stanowisku Przystępującego, nie podlegało odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp.

W zakresie pierwszej ze wskazanych podstaw prawnych odrzucenia odwołania Izba uznała, że Postępowanie jest elementem większej całości, realizowanej w ramach wartego prawie 150 mln zł projektu „Czysta O. w S.”, obejmującego 16 różnych kontraktów, których wspólnym celem jest poprawa jakości wód rzeki O. (okoliczności stwierdzone złożonymi przez Przystępującego i Odwołującego na posiedzeniu dowodami w postaci wydruków informacji ze strony internetowej Zamawiającego). W konsekwencji skład orzekający uznał, że ustalenie wartości tego zamówienia w oderwaniu od pozostałych zamówień składających się na wspomniany projekt, stanowiłoby naruszenie wyrażonego w art. 5b pkt 2 Pzp zakazu dzielenia zamówienia w celu obejścia przepisów Pzp.

Nie potwierdziła się również druga ze wskazanych przez Konsorcjum E. podstaw odrzucenia odwołania. Skład orzekający podkreśla, że odwołanie, zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, przysługuje m.in. od czynności zamawiającego. Niewątpliwie zaskarżony wybór oferty najkorzystniejszej był drugą tego typu czynnością Zamawiającego, bowiem oferta Konsorcjum E. została po raz pierwszy wybrana 13 lipca 2017 r. Istotny jest jednak fakt, że Zamawiający czynność tą unieważnił, o czym informował pismem z 21 lipca 2017 r. W konsekwencji ponowny wybór oferty Przystępującego, dokonany 27 lipca 2017 r., był nową, podlegającą zaskarżeniu, czynnością w Postępowaniu.

Jakkolwiek Zamawiający, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 186 ust. 2 Pzp uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, to – wobec zgłoszonego przez Przystępującego sprzeciwu – sprawa podlegała merytorycznemu rozpoznaniu, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 4 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ,
2. oferty Przystępującego,
3. korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy Konsorcjum E. a Zamawiającym z 23 maja 2017 r. wraz z załącznikiem (oświadczeniem Wykonawcy G o przynależności do grupy kapitałowej z 16 maja 2017 r. podpisanego przez H. P. K.),
4. oświadczenia Wykonawcy G. o przynależności do grupy kapitałowej z 16 maja 2017 r. podpisanego przez H. P. K. z prezentatą Zamawiającego z datą 24 maja 2017 r.,
5. oświadczenia Wykonawcy G. o przynależności do grupy kapitałowej z 16 maja 2017 r. podpisanego przez prezesa i prokurenta Wykonawcy G,
6. pisma Zamawiającego z 30 maja 2017 r. (wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp),
7. pisma Konsorcjum E. z 14 czerwca 2017 r. (odpowiedź na ww. wezwanie) z załączonymi dokumentami i oświadczeniami, pisma Zamawiającego z 3 lipca 2017 r. (wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp),
8. pisma Konsorcjum E. z 6 lipca 2017 r. (odpowiedź na ww. wezwanie) wraz z załącznikami,
9. pisma Zamawiającego z 13 lipca 2017 r. (zawiadomienie o wyborze oferty Konsorcjum E. jako najkorzystniejszej),
10. pisma Zamawiającego z 21 lipca 2017 r. (informacja o unieważnieniu ww. czynności),

11. pisma Zamawiającego z 21 lipca 2017 r. (wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 i 3a Pzp),
12. pisma Konsorcjum E. z 24 lipca 2017 r. (odpowiedź na ww. wezwanie) wraz z załącznikami,
13. pisma Zamawiającego z 27 lipca 2017 r. (zawiadomienie o wyborze oferty Konsorcjum E. jako najkorzystniejszej).

Na podstawie ww. dokumentów stwierdzono, że stan faktyczny, z zastrzeżeniem poniższych uwag, został przedstawiony w pismach procesowych rzetelnie.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z z art. 82 ust. 3 Pzp – zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum E., pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 zdanie pierwsze K.c. – zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum E., pomimo iż oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów

Zarzuty nie potwierdziły się.

Nie ulega wątpliwości, że w dokumentach załączonych do oferty Przystępującego nie znalazł się odpis z właściwego rejestru dla Wykonawcy G., stąd Zamawiający nie mógł wiedzieć, że osoba, która udzieliła pełnomocnictwa konsorcjalnego nie była do tego umocowana. Na marginesie zaznaczyć należy, że w sytuacji składania oferty wspólnej dokument ten należało załączyć do oferty, ponieważ z niego Zamawiający powinien czerpać wiedzę, czy oferta została podpisana przez osobę należycie umocowaną. Zamawiający mógł jednak zauważyć, że pełnomocnictwo zostało złożone w formie niezgodnej z postanowieniem Rozdziału V ust. 7 pkt 4 SIWZ, ponieważ do oferty załączono jego kopię, co potwierdza okazany na rozprawie oryginał tego dokumentu znajdujący się w posiadaniu Przystępującego. Tym niemniej niestaranne działanie Zamawiającego, który nie zauważył tej okoliczności, nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Przystępującego.

Okoliczności sprawy wskazują, że Zamawiający powziął wiedzę o braku umocowania do udzielenia pełnomocnictwa Wykonawcy E. (liderowi konsorcjum) przez jednego prezesa zarządu Wykonawcy G. dopiero po uznaniu oferty Przystępującego za najkorzystniejszą i wezwaniu do złożenia dokumentów, o których mowa w Rozdziale V ust. 5 pkt 1 lit. c SIWZ, czyli odpisów z właściwego rejestru, osobno dla każdego z wykonawców składających ofertę wspólną (pismo Zamawiającego z 30 maja 2017 r.), bowiem w odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący, za pismem z 14 czerwca 2017 r.,

złożył wypis z właściwego rejestru dla Wykonawcy G., który ujawnił wadliwość reprezentacji przy udzielaniu pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum.

W konsekwencji obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Przystępującego do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa, zarówno w zakresie jego formy przewidzianej postanowieniami SIWZ (przepisy Rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów nie odnoszą się bowiem, wbrew zapatrywaniom Konsorcjum E., do formy pełnomocnictwa), jak i zasad reprezentacji Wykonawcy G. Wezwanie Zamawiającego z 3 lipca 2017 r. pozbawione było pierwszego z ww. elementów, wobec czego było niekompletne, a tym samym wadliwe.

Skład orzekający nie podziela argumentacji Odwołującego, że szczegółowe uregulowanie formy pełnomocnictwa w postanowieniach SIWZ zwalniało Zamawiającego z obowiązku wskazania wszystkich nieprawidłowości, którymi obarczony był ten dokument. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której Przystępujący załącza do oferty prawidłowo udzielone pełnomocnictwo, jednak w formie niezgodnej z postanowieniami SIWZ. W takim przypadku, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, Zamawiający *de facto* pozbawiony byłby możliwości wezwania do złożenia pełnomocnictwa w przewidzianej przez niego formie, co pozostawałoby w sprzeczności z przepisem art. 26 ust. 3a Pzp. Nie różnicuje on bowiem wadliwości pełnomocnictwa na kwestie formalne, bądź inne, jak chociażby dotyczące jego treści, czy zasad reprezentacji obowiązujących przy jego udzielaniu. *Ergo*, Zamawiający był uprawniony do ponownego wezwania Przystępującego do złożenia pełnomocnictwa w przewidzianej postanowieniami SIWZ formie.

Izba uznała za prawnie obojętną okoliczność, że w odpowiedzi na wezwanie z 3 lipca 2017 r. Przystępujący nie złożył pełnomocnictwa, którego oczekiwał Zamawiający, a inne umocowanie, udzielone zgodnie z zasadami reprezentowania Wykonawcy G. Rzeczą Zamawiającego jest bowiem wytknięcie wszystkich błędów, jakimi obarczony jest dokument, a wykonawcy – wybór sposobu jego uzupełnienia. *Ad casum*, uzupełnione pełnomocnictwo udzielone zostało przez osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy G, co przesądza o bezpodstawności zarzutu odwołania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

- II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum E., pomimo że nie wykazało spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp – zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez**

Konsorcjum E. za odrzuconą, pomimo że została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania

II.1. JEDZ

Izba uznała zarzut za nietrafny.

Zgodnie z przepisem art. 25a ust. 1 Pzp JEDZ powinien zostać załączony do oferty wykonawcy. *Ad casum* Konsorcjum E. nie załączyło JEDZ dla Wykonawcy G., wobec czego Zamawiający – zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp – powinien wezwać Przystępującego do uzupełnienia tego dokumentu, czego Zamawiający zaniechał. JEDZ dla Wykonawcy G został załączony do odpowiedzi Konsorcjum E. na wezwanie z 30 maja 2017 r., które – jak wspomniano – miało inny charakter i dotyczyło innych niż JEDZ dokumentów. JEDZ dla Wykonawcy G. został więc *de facto* uzupełniony samodzielnie.

Problematyka samodzielnego uzupełniania dokumentów i oceny jego skutków ma złożony charakter. Z jednej strony trzeba mieć na uwadze, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez zamawiającego, który zasadniczo ponosi wyłączną odpowiedzialność za jego prawidłowość, tj. zgodność z obowiązującymi przepisami. Co więcej, przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest obligatoryjną, poza wyjątkami przewidzianymi w treści samego przepisu, czynnością podejmowaną z inicjatywy zamawiającego. Z drugiej jednak strony przepisy Pzp nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów nawet bez wspomnianego wezwania. Może się bowiem zdarzyć sytuacja, w której zamawiający – pomimo wspomnianego obowiązku wezwania wykonawcy – czynności tej bezprawnie zaniecha, co nie tylko stanowić będzie naruszenie przepisów Pzp, ale skutkować może negatywnymi konsekwencjami dla samego wykonawcy.

Z uwagi na przedstawione argumenty, zdaniem składu orzekającego, omawianą kwestię należy rozstrzygać indywidualnie, w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego. *Ad casum*, ze względu na popełnione przez Zamawiającego błędy (zarówno te, o których dotąd wspomniano, jak i te, które zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia) Izba za zasadne uznała przyjęcie generalnej zasady, zgodnie z którą w przypadku samodzielnego uzupełnienia prawidłowego dokumentu powinien być on wzięty pod uwagę przez Zamawiającego, zaś w sytuacji samodzielnego przedstawienia dokumentu zawierającego błędy Zamawiający powinien wezwać do jego uzupełnienia wskazując na wady dokumentu.

W konsekwencji skład orzekający doszedł do przekonania, że samodzielne przedstawienie przez Przystępującego JEDZ dla Wykonawcy G., zawierającego błędy opisane szczegółowo w odwołaniu, nie mogło skutkować dla niego negatywnymi konsekwencjami w postaci braku możliwości jego ponownego przedstawienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiający powinien był dostrzec brak tego dokumentu jeszcze przed poinformowaniem Konsorcjum E. o tym, że złożona przez nie oferta została najwyżej oceniona i wezwać do jego uzupełnienia. Przyjęcie zapatrywania Odwołującego, zgodnie z którym wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu JEDZ nie było możliwe stanowiłoby nieuzasadnione obciążenie Przystępującego negatywnymi skutkami zaniechania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

II.2. Oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Bez wątplenia Przystępujący nie złożył przedmiotowego oświadczenia dla Wykonawcy G w terminie. Oświadczenie takie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, którego Zamawiający zaniechał. Zamiast tego – jak wynika z treści korespondencji poczty elektronicznej z 23 maja 2017 r. pomiędzy Zamawiającym, a Przystępującym – Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o uzupełnienie brakującego oświadczenia, które w tej dacie zostało przesłane elektronicznie, a następnie pocztą tradycyjną, jednak złożone zostało przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji Wykonawcy G. Ponadto, w dokumentacji Postępowania znajduje się właściwe oświadczenie, które – jak na to wskazują okoliczności sprawy – zostało złożone samodzielnie, bez wezwania.

Kierując się przyjętą na potrzeby przedmiotowej sprawy zasadą traktowania samodzielnie uzupełnianych dokumentów, omówioną w pkt II.1 uzasadnienia, skład orzekający przyjął, że nie ma podstaw do wykluczenia Konsorcjum E. z Postępowania. Trzeba mieć na względzie, że Zamawiający nie tylko nie zauważył niezłożenia przedmiotowego oświadczenia w terminie, ale także naruszył zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zob. art. 9 Pzp), zwracając się do Przystępującego telefonicznie o przesłanie oświadczenia.

Mając na względzie powyższe orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

II.3. Warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Zarzut potwierdził się częściowo.

W powyższym zakresie Zamawiający – pismem z 3 lipca 2017 r. – wezwał Konsorcjum E. m.in. do przedstawienia wykazu osób, z którego wynikać będzie spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. Wezwanie skonstruowane zostało w ten sposób, że Zamawiający najpierw przytoczył całą treść przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu, a następnie jego wybrane elementy (tj. pierwsze i trzecie w całości), z podkreśleniem pewnych fragmentów i wskazaniem okoliczności odnośnie przedstawionych przez Przystępującego na potwierdzenie jego spełniania osób.

W zakresie odnoszącym się do K. S. wezwanie zostało sformułowane w następujący sposób (pisownia oryginalna):

„[...]a) minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia energetyczne na stanowisku dozoru (D grupy 1, 2, 4, 10) i która brała udział w rozruchu elektrowni wodnych (wskazany w Wykazie... Pan K. S. posiada świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji.);[...]”.

W konsekwencji Izba przyjęła, że wezwanie obejmowało również kwestię liczby elektrowni wodnych, w których rozruchu brała udział ww. osoba, ponieważ w przeciwnym razie niecelowe byłoby ponowne przytaczanie przez Zamawiającego treści warunku z – co istotne – zaznaczeniem jego wybranych fragmentów. Z uzupełnionego wykazu nie wynika, jakoby K. S. brał udział w rozruchu więcej niż jednej elektrowni. Opisując jego doświadczenie zawodowe Konsorcjum E. *expressis verbis* wskazało wyłącznie na jedną realizację (reaktywowanie elektrowni wodnej na zbiorniku retencyjnym w S.), co nie odpowiada treści warunku (w zakresie jego interpretacji Izba podziela stanowisko Odwołującego zaprezentowane na str. 26 odwołania). Mając na względzie okoliczność, że oświadczenie Przystępującego nie budzi wątpliwości interpretacyjnych i nie wymaga wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a nadto Konsorcjum E. było już w tym zakresie wzywane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, kolejne wezwanie jest niedopuszczalne, a wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, zaś jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą, o czym stanowi art. 24 ust. 4 Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie zarzut nie potwierdził się, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Izba wskazuje, że wobec nakazania Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum E. z omówionej wcześniej przyczyny rozstrzygnięcie o tym, czy ze złożonego przez Przystępującego wykazu osób wynika precyzyjnie 5-letnie doświadczenie osób w nim

ujętych jest zbędne. Zaznaczyć jedynie należy, że Odwołujący błędnie założył, jakoby kwestia ta była już przedmiotem wezwania Zamawiającego. Nie wskazuje na to jego konstrukcja, w tym zaznaczone elementy treści warunków, których spełnianie budziło wątpliwości Zamawiającego. Kwestia ta podlegałaby zatem ewentualnemu wyjaśnieniu lub uzupełnieniu.

- III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3a Pzp – ponowne wezwanie Konsorcjum E. do złożenia stosownego pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy G., pomimo że zostało już wcześniej wezwane do złożenia takiego pełnomocnictwa i nie uzupełniło go skutecznie, oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust 3 Pzp – wezwanie Konsorcjum E. do złożenia formularza JEDZ dla Wykonawcy G., pomimo że już wcześniej złożyło ten formularz bez wezwania Zamawiającego, czym uniemożliwiło wezwanie do jego kolejnego uzupełnienia i to niezależnie od przyczyny i zakresu uzupełnienia**

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku, z przyczyn wskazanych w pkt II uzasadnienia.

- IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. art. 91 ust. 1 Pzp – dokonanie wyboru oferty Konsorcjum E. jako najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty**

W następstwie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 Pzp zarzut był częściowo zasadny. Bezpodstawne zaniechanie wykluczenia Konsorcjum E. spowodowało nieuzasadniony wybór złożonej przez nie oferty, co narusza art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Izba nie przesądza natomiast kwestii zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej. Jej ocena należy bowiem do Zamawiającego jako podmiotu prowadzącego Postępowanie.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 1 i 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: