

WYROK
z dnia 14 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2022 r. przez odwołującego: **MULTIGRUPA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Kościuszki 13/1a, 50-037 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Mokotowska Fundacja Warszawianka Wodny - Park z siedzibą w Warszawie** (ul. Merliniego 4, 02-511 Warszawa),

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy – Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Stołeczne WOPR w Warszawie oraz WOPR Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie (dalej: Konsorcjum) z powodu braku uzupełnienia pełnomocnictwa dla pełnomocnika Konsorcjum (p. K. S.) w przewidzianym w wezwaniu z dnia 13 lipca 2022r. terminie, a mianowicie do dnia 27 lipca 2022 r. do godziny 12.00;
- b) art. 239 ustawy Pzp z uwagi na wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej – i nakazuje unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp oraz ponowne badanie i ocenę nie odrzuconych ofert;

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie podlegają uwzględnieniu;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/2 odwołującego: **MULTIGRUPA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Kościuszki 13/1a, 50-037 Wrocław) i w 1/2 zamawiającego: **Mokotowska Fundacja Warszawianka Wodny - Park z siedzibą w Warszawie** (ul. Merliniego 4, 02-511 Warszawa): i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem: $\frac{1}{2}$ kwoty wpisu - w wysokości 7.500 zł oraz $\frac{1}{2}$ wynagrodzenia pełnomocnika od kwoty 3.600 zł - w wysokości 1.800 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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**.

.....

Sygn. akt: KIO 2284/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 31 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę: MULTIGRUPA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Mokotowska Fundacja Warszawianka Wodny- Park z siedzibą w Warszawie (Zamawiający) na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1170), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług w zakresie ratownictwa wodnego i pierwszej pomocy przedlekarskiej w obiekcie MFWWP przy ulicy Merliniego 4, na basenach rekreacyjnym, sportowym i zewnętrznym wraz z urządzeniami”. Numer referencyjny: MFWWP/RZP/2/2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE pod numerem 2022/S 107-300036 w dniu 3.06.2022 r. Odwołujący podał, że wnosi odwołanie od:

- 1) niezgodnych z przepisami ustawy (...) Prawo zamówień publicznych czynności, podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego, polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty w postaci oferty: Konsorcjum Stołeczne WOPR w Warszawie oraz WOPR Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie (zwane dalej Konsorcjum),
- 2) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy (...) Prawo zamówień publicznych, w postaci:
 - a) zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy — Stołeczne WOPR w Warszawie oraz WOPR Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie (zwane dalej Konsorcjum),
 - b) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazał, że wskazanym czynnościom i zaniechaniom zarzuca naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) p.z.p. w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 pzp poprzez błędne uznanie, iż nie było podstaw do odrzucenia i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy pomimo wezwania trybie art. 128 pzp członek Konsorcjum - WOPR Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie (WOPR WZ) nie uzupełniło prawidłowego pełnomocnictwa dla K. S. (pełnomocnika Konsorcjum) w przewidzianym w wezwaniu terminie tj. do dnia 27 lipca 2022 r. do godziny 12.00., w sytuacji gdy:
 - wadliwy wniosek Konsorcjum o wydłużenie terminu do uzupełnienia umocowania (błędny miesiąc) był złożony już po upływie określonego przez Zamawiającego terminu,
 - okoliczność tę starał się ukryć Zamawiający — nie wydając (pomimo wniosku o wydanie całej korespondencji) wniosku Konsorcjum o wydłużenie terminu do złożenia dokumentów i wysyłając tylko niektóre dokumenty,

- Zamawiający dopiero po trzecim wezwaniu Odwołującego przesłał wszystkie dokumenty i podał również daty i godziny złożenia uzupełnionych dokumentów na platformie przetargowej (...)
- 2) art. 239 p.z.p. poprzez wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu, w efekcie zaś oferta Odwołującego spełniała kryteria do uznania jej najkorzystniejszą.
- 3) art.239 p.zp. poprzez brak uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, podczas, gdy prawidłowe badanie i ocena ofert powinna skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum, 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 Konsorcjum,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferentów i ofert, 4) w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

(...)

IV. W zakresie postępowania dowodowego wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

- 1) specyfikacji warunków zamówienia;
- 2) informacji z otwarcia ofert z 7.07.2022
- 3) informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 26.08.2022
- 4) Wezwanie do złożenia wyjaśnień z 13 lipca 2022 r.,
- 5) Wiadomość z dnia 25.07.2022 r.
- 6) Wiadomość z dnia 26.07.2022 r.
- 7) Wiadomość z godz. 11.56
- 8) Pismo z dnia 27.07.2022 r.
- 9) Uchwała z dnia 4.02.2018 r.
- 10) Pismo z dnia 27.07.2022 r. Stołeczne WOPR
- 11) Wiadomość z godz. 12.00.25 (27.07)
- 12) Pełnomocnictwo z godz. 11.57
- 13) Wiadomość z godz. 12.03(27.07)
- 14) Wniosek o wydłużenie,
- 15) Wiadomość z godz. 12.30(27.07)
- 16) Pełnomocnictwo in blanco,
- 17) Wiadomość z godz. 10.40 (28.07)

18) Pełnomocnictwo in blanco,

19) maile z dnia 29 i 30 sierpnia 2022 r. wraz z odpowiedzią Zamawiającego

- wszystkie na okoliczność przebiegu postępowania w przedmiotowej sprawie, braku uzupełnienia pełnomocnictwa w zakreślonym terminie, złożenia wniosku o wydłużenie terminu po upływie zakreślonego terminu, wystąpienia podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum. Równocześnie wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dokumentów wydruku, screenów z platformy Josephine zawierających dokładną datę i godzinę kiedy wpływała na platformę Josephine korespondencja od Konsorcjum, w szczególności każda korespondencja stanowiąca odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 lipca 2022 r. Wyjaśnił także, że Odwołujący podjął niezależne starania o uzyskanie dostępu do tych informacji — w postaci wniosku do Zamawiającego, jednakże na dzień złożenia odwołania nie otrzymał odpowiedzi.

(...)

VI. Odwołujący oświadczył, że (...) *ma interes w złożeniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 p.z.p., ponieważ Zamawiający bezzasadnie oraz niezgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych nie odrzucił oferty Konsorcjum i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą podczas gdy prawidłowa ocena i badanie ofert skutkowałaby uznaniem, iż zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty tego Wykonawcy, a Odwołujący w takim przypadku przedłożył ofertę najkorzystniejszą dla Zamawiającego. Wobec całokształtu okoliczności, zaskarżone czynności Zamawiającego prowadzą do powstania szkody po stronie Odwołującego poprzez niewybranie jego oferty mimo, iż była najkorzystniejsza.* (...)

W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów w szczególności podał: (...)

W dniu 13 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum (w trybie art. 128 pzp) m.in. do złożenia prawidłowo wystawionego pełnomocnictwa — udzielonego przez WOPR Województwa Zachodniopomorskiego dla K. S. Zamawiający zakreślił Konsorcjum termin do uzupełnienia dokumentów do dnia 27 lipca 2022 r. do godziny 12.00. Dowód: wezwanie z dnia 13.07.2022 r.

W dniu 25 lipca 2022 r. Stołeczne WOPR zwróciło się zapytaniem do Zamawiającego czy pkt I wezwania dotyczy umocowania Stołecznego WOPR czy też WOPR WZ.

W dniu 26 lipca 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż chodzi tylko o pełnomocnictwo WOPR WZ. Dowód: Wiadomość z dnia 25.07.2022 r.; Wiadomość z dnia 26.07.2022 r.

W dniu 27 lipca 2022 r. o godzinie 11.56 Konsorcjum przesłało do Zamawiającego pismo wyjaśniające zasady reprezentacji WOPR WZ wraz z uchwałą z dnia 4.02.2018 r. oraz wyjaśnienie w zakresie posiadania statusu pr7Alsigbiorcy. Do tych pism Konsorcjum nie załączyło żadanego pełnomocnictwa od WOPR Województwa Zachodniopomorskiego.

Dowód: Wiadomość z godz. 11.56; Pismo z dnia 27.07.2022 r.; Uchwała z dnia 4.02.2018 r.; Pismo z dnia 27.07.2022 r. Stołeczne WOPR

O godzinie 12.00.25 (a zatem już po upływie zakreślonego terminu) Konsorcjum złożyło pełnomocnictwo dla K. S. Pełnomocnictwo to zostało udzielone w nieprawidłowej formie. Stanowiło bowiem skan papierowego umocowania, który jednak nie został podpisany podpisem elektronicznym przez mocodawców lub notariusza, a jedynie przez samą K. S. Dowód: Wiadomość z godz. 12.00.25; Pełnomocnictwo z godz. 11.57

Pomimo przesłania umocowania, o godzinie 12.03.04 (już po upływie zakreślonego terminu) Stołeczne WOPR złożyło wniosek o wydłużenie terminu do złożenia pełnomocnictwa do dnia 29 czerwca (błędny miesiąc) z uwagi na awarię podpisu jednego z mocodawców. Dowód: Wiadomość z godz. 12.03 Wniosek o wydłużenie.

O godzinie 12.30 Stołeczne WOPR złożyło kolejne pełnomocnictwo, prawdopodobnie nieprawidłowo podpisane elektronicznie tym razem przez inne osoby — J. K. i B. P. Dowód: Wiadomość z godz. 12.30 - Pełnomocnictwo in blanco,

W dniu 28 lipca 2022 r. Konsorcjum złożyło kolejne umocowanie dla K. S. uwierzytelnione przez mocodawców. Dowód: Wiadomość z godz. 10,40 - Pełnomocnictwo in blanco.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 13 lipca 2022 r. precyzyjnie określił, jakie umocowanie winno uzupełnić Konsorcjum. Dodatkowo w wiadomościach z dnia 25 i 26 lipca 2022 r. udzielił odpowiedzi na pytanie Konsorcjum w tym zakresie. Do uzupełnienia braków wyznaczył długi — 14 dniowy termin do dnia 27 lipca 2022 r. do godziny 12.00. Pomimo tego, Konsorcjum w zakreślonym terminie nie uzupełniło brakującego, prawidłowego umocowania. Już po upływie terminu złożyło wniosek o jego wydłużenie (z wadliwym Określeniem miesiąca). Taki wniosek jest nieskuteczny.

Jak wskazała KIO w "roku z dnia 25 stycznia 2022 r. (sygn. akt: KIO 56/22): „ Okoliczność przekazania wykonawcy informacji o przedłużeniu tego terminu po upływie terminu pierwotnie wyznaczonego w ocenie składu orzekającego Izby nie skutkuje uznaniem niedopuszczalności podjęcia takiej decyzji przez zamawiającego, o ile zwrócenie się przez wykonawcę: prośbą o przedłużenie terminu nastąpiło przed upływem terminu pierwotnie wyznaczonego.

W niniejszej sprawie w zakreślonym terminie Konsorcjum, ani nie uzupełniło brakującego umocowania, ani nie złożyło wniosku o jego wydłużenie. Jego oferta winna zatem podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c pzp. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum. Zamiast tego akceptował kolejne wiadomości z różnymi próbami uzupełnienia umocowania. po już zakreślonym terminie. Co więcej działanie Zamawiającego budzi również wątpliwości co do sposobu udostępnienia Odwołującemu pełnej informacji jak ten proces (uzupełniania braków) wyglądał w rzeczywistości.

W wiadomości z dnia 29 sierpnia 2022 r. Zamawiający na wiosek Odwołującego o udostępnienie wszystkich dokumentów przesłał link do m.in. folderu „Wyjaśnienia WOPR”. W folderze tym brakowało dokumentów — wniosku o wydłużenie terminu — a pełnomocnictwo złożone przez Konsorcjum dopiero w dniu 28 lipca 2022 r. zostało dołączone do pism z dnia 27 lipca 2022 r. z godziny 1 1.56 co sprawiało wrażenie, iż dokumenty te zostały złożone razem w terminie. Po kolejnym wezwaniu Zamawiającego - w dniu 29 sierpnia 2022 r. i zarzucie braku ujawnienia wszystkich dokumentów, Zamawiający dopiero 31 sierpnia 2022 ujawnił dalszą korespondencję z dnia 27 i 28 lipca 2022 r. tj. już po upływie określonego terminu do uzupełnienia dokumentów przez Konsorcjum. Dowód: maile z dnia 29 i 31 sierpnia 2022 r. wraz z odpowiedzią Zamawiającego

Działanie takie, w ocenie Odwołującego narusza dodatkowo zasady przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji. Pomimo braku uzupełnienia w terminie pełnomocnictwa dla K. S., Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum za ważną i złożoną prawidłowo i wybrał ją jako ofertę najkorzystniejszą w dniu 26 sierpnia 2022 r. Dowód: informacja o wyborze ofert

Uwzględniając powyższe zarzuty i w konsekwencji ponowne - prawidłowe badanie i ocena ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i odrzuceniem oferty Konsorcjum powinny skutkować uznaniem oferty Odwołującego najkorzystniejszą (najwyższa liczba punktów).

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy z 11.09.2019 r. — Prawo zamówień publicznych oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy z 11.09.2019 r. — Prawo zamówień publicznych miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Załączniki: jak w odwołaniu (1-19)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 9/09/2022) wniósł (...) o *oddalenie odwołania, jako bezzasadnego*”. W uzasadnieniu stanowiska przede wszystkim wskazał: (...)

Odwołujący się podnosi, że wybrany Wykonawca nie uzupełnił w terminie pełnomocnictwa oraz, że uzupełnione po terminie pełnomocnictwo jest udzielone w nieprawidłowej formie. Według Zamawiającego zarzuty te są nieuzasadnione, a odwołanie powinno zostać oddalone. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2022 r. wezwał konsorcjum Stołecznego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego (dalej: Stołeczne WOPR) i Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego Województwa Zachodniopomorskiego (dalej: WOPR Woj. Zachodniopomorskiego) do złożenia m.in. pełnomocnictwa udzielonego przez WOPR Woj. Zachodniopomorskiego Pani

K. S. w terminie do dnia 27 lipca 2022 r. do godz. 12:00. Dowód: wezwanie z dnia 13 lipca 2022 r. (załącznik nr 5.3 odwołania).

Dnia 27 lipca 2022 r. o godz. 11:56 Konsorcjum przesłało pismo wyjaśniające zasady reprezentacji wraz z uchwałą z dnia 4 lutego 2018 r. oraz pismo wyjaśniające posiadanie statusu przedsiębiorcy. Następnie o godz. 12:00:25 Konsorcjum złożyło pełnomocnictwo dla P. K. S. Dowód: wiadomość przewodnia Konsorcjum z dnia 27 lipca 2022 r. godz. 11:56 wraz załącznikami: pismo Konsorcjum z dnia 27 lipca 2022 r. dot. reprezentacji, uchwała, pismo Konsorcjum z dnia 27 lipca 2022 r. dot. statusu przedsiębiorcy (załącznik nr 3); wiadomość przewodnia Konsorcjum z dnia 27 lipca 2022 r. godz. 12:00:25 wraz załącznikiem: pełnomocnictwem (załącznik nr 4).

Zdaniem Zamawiającego pełnomocnictwo złożone przez Konsorcjum dnia 27 lipca 2022 r. o godz. 12:00:25 zostało złożone w zakreślonym terminie „do dnia 27 lipca 2022 r. do godz. 12:00”. Zamawiający oświadcza, że według niego termin do godz. 12:00 upływał do godz. 12:00:59. To tego wniosku doszedł do wnikliwej analizie wyroku KIO z dnia 11 czerwca 2014 r. (KIO 1074/14), w którym Izba przyjęła, że: „Ponadto zamawiający błędnie określał upływ terminu składania ofert na 11:30:00, mimo że w ogłoszeniu i specyfikacji termin ten był określony na 11:30. Termin ten upływał więc o 11:30:59, analogicznie do art. 111 § 1 KC, który traktuje o dniach. "Termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia". Dlatego zamawiający powinien przyjąć, że termin oznaczony w minutach kończy się z upływem ostatniej minuty, czyli o 11:30:59. Skład orzekający Izby także stwierdza, że niedokładności w specyfikacji zamawiający nie może interpretować na niekorzyść wykonawców, co jest od dawna przyjęte w orzecznictwie Izby. ”

Zamawiający podziela interpretację wyrażoną w tym wyroku. Zgodnie z art. 8 ust. 2 PZP termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny. Stosując analogię Zamawiający przyjął, że termin oznaczony w minutach kończy się z upływem ostatniej minuty, czyli w tym przypadku o godz. 12:00:59. Zatem według Zamawiającego dokonując czynności o 12:00:25, Konsorcjum dokonało jej w terminie. Przyjęcie odmiennej interpretacji stanowiłoby zdaniem Zamawiającego interpretację na niekorzyść wykonawcy, naruszającą zasady uczciwej konkurencji. Według Zamawiającego pełnomocnictwo przesłane dnia 27 lipca 2022 r. o godz. 12:00:25 jest prawidłowe. Odwołujący się podnosi, że „Stanowiło bowiem skan papierowego umocowania, który jednak nie został podpisany podpisem elektronicznym przez mocodawców lub notariusza, a jedynie przez samą K. S.”. Z twierdzeniem tym Zamawiający się nie zgadza. Po otwarciu pliku z pełnomocnictwem o nazwie „pełnomocnictwo KS_Warszawianka.pdf (4)” programem Adobe Acrobat Reader i kliknięciu w pole „Podpisy: zweryfikuj podpisy dodane do tego dokumentu” wyświetlają się podpisy, zweryfikowane jako prawidłowe: A. J. K., A. B.

P., K. S. Dowód: zrzut ekranu z pełnomocnictwem z otwartym polem „Podpisy: zweryfikuj podpisy dodane do tego dokumentu” (załącznik nr 5).

Zdaniem Zamawiającego pełnomocnictwo to zostało podpisane w prawidłowy sposób przez Mocodawcę. Zgodnie z zasadami reprezentacji w WOPR Woj. Zachodniopomorskiego obowiązującymi od dnia 23 lipca 2018 r. „Jeżeli zarząd jest wieloosobowy do składania oświadczeń w imieniu stowarzyszenia (w tym zaciągania zobowiązań majątkowych) wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu (w tym prezesa lub wiceprezesa z upoważnionym przez zarząd członkiem zarządu).” . W dniu udzielania pełnomocnictwa (1 lipca 2022 r.) A. K. pełnił funkcję prezesa (od 29 października 2021 r. w KRS). Z kolei A. P. pełnił funkcję wiceprezesa (od 23 lipca 2018 r. w KRS). Umocowanie A. P. jako upoważnionego przez zarząd członka zarządu do składania oświadczeń w imieniu stowarzyszenia wynika z uchwały z 19 maja 2018 r., stanowiącej załącznik do oferty Konsorcjum. Pełnomocnictwo to zostało zatem odpisane podpisem elektronicznym przez mocodawców, zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Dowód: odpis pełny WOPR Woj. Zachodniopomorskiego (załącznik nr 6); uchwała WOPR Woj. Zachodniopomorskiego z 19 maja 2018 r. (załącznik nr 7).

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego się wskazujących na to, że Zamawiający „starał się ukryć” dokumenty postępowania, w tym wniosek Konsorcjum o przedłużenie terminu do uzupełnienia, Zamawiający uznaje za niezasadne. Zamawiający podnosi, że wniosek Konsorcjum o przedłużenie terminu do uzupełnienia umocowania został przekazany Odwołującemu się 27 lipca 2022 r. o godz. 12:15:08. Zamawiający przekazywał także pozostałe dokumenty postępowania Wykonawcy, respektując zasadę uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania. Dowód: wiadomość Zamawiającego z 27 lipca 2022 r. godz. 12:15:08 (załącznik nr 8). Ponadto Zamawiający oświadcza, że w „Wykazie dokumentów”, stanowiącym załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 06.09.2022 r., plik o nazwie „Poświadczenie elektroniczne Nr rep. A 5687-2021 M. L. -- kopia”, który znajduje się w „D:\WYKAZ DOKUMENTÓW14. Weryfikacja podpisów\Weryfikacja podpisów\2. Konsorcjum Stołeczne WOPR”, powinien zostać umieszczony w DOKUMENTÓW13. Oferty WOPR”.

Zdaniem Zamawiającego jego czynności zostały podjęte w postępowaniu zgodnie z obowiązującymi przepisami PZP, a odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Załączniki: 1. Odpis z KRS Zamawiającego oraz w punkcie 2 – 9 jak w treści pisma.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia nie zgłosił żaden wykonawca. Termin na zgłoszenie takiego przystąpienia upłynął w dniu 5 września 2022 r. Jak podał Zamawiający w piśmie z dnia 2 września br w jego pkt 4: „*Termin i sposób przekazania*

wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kopii odwołania - w dniu 01.09.2022 r. w formie elektronicznej poprzez platformę JOSEPHINE”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty podnoszone w odwołaniu podlegają uwzględnieniu w zakresie naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy – Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Stołeczne WOPR w Warszawie oraz WOPR Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie (Konsorcjum) z powodu braku uzupełnienia pełnomocnictwa dla p. K. S. - pełnomocnika Konsorcjum w przewidzianym w wezwaniu z dnia 13 lipca 2022 r. terminie, a mianowicie do dnia 27 lipca 2022 r. do godziny 12.00;

2) art. 239 ustawy Pzp z uwagi na wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, która to oferta podlegała odrzuceniu z powodów wskazanych w punkcie 1).

Przed wszystkim stan faktyczny sprawy – niesporny pomiędzy stronami – potwierdził, że wybrany Wykonawca – Konsorcjum: Stołeczne WOPR w Warszawie oraz WOPR Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) nie uzupełnił w terminie pełnomocnictwa do dnia 27 lipca 2022 r. do godz. 12.00. Uzupełnienie tego dokumentu nastąpiło po godzinie 12.00, a mianowicie o godzinie 12:00:25. Mając na uwadze przyjęty w wezwaniu opis dla terminu i użyty przyimek „do” („do dnia 27.07.2022 r. do godz. 12:00”) – termin na uzupełnienie dokumentu, zaczął upływać o godz.11:59:59 i upłynął o godz. 12.00.00. Przyimek „do” wskazuje bowiem na czas zakończenia zdarzenia, w tym przypadku czynności doręczenia dokumentu. Procedura przekazywania dokumentów objętych wezwaniem z dnia 13 lipca 2022 r. rozpoczęła się w dniu 27 lipca 2022 r. o godz. 11:56:15. O tej godzinie Konsorcjum przekazało dokumenty wymagane pkt 2 i 3 wezwania (pismo wyjaśniające zasady reprezentacji wraz z uchwałą z dnia 4 lutego 2018 r. oraz pismo wyjaśniające posiadanie statusu przedsiębiorcy), jednakże trzeci z wymaganych wezwaniem dokumentów z punktu 1 wezwania (pełnomocnictwo dla umocowanej osoby p. K. S.) został przekazany odrębnie - jak podano w temacie wiadomości „Dosyłam” - po godzinie 12.00, a mianowicie o godz. 12:00:25.

Zamawiający zgodnie z treścią wezwania z dnia 13 lipca 2022 r. wymagał w pkt 1: „1. złożenia prawidłowo wystawionego pełnomocnictwa - udzielonego przez WOPR Województwa Zachodniopomorskiego dla Pani K. S.”; w punkcie 2: „ 2. złożenia uchwały

WOPR Województwa Zachodniopomorskiego wykazujących umocowanie Pana A. K. oraz Pani M. A.”; w punkcie 3: „3. wyjaśnienia kwestii posiadania przez Stołeczne WOPR statusu mikro przedsiębiorcy”. W tym wezwaniu w konkluzji podał: „W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów. Dokumenty, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z zapisami w SWZ, należy przesłać poprzez Platformę Josephine do dnia 27.07.2022 r. do godz. 12:00”.

Rozpoczęcie procedury wysyłki dokumentów wymaganych wezwaniem według punktu 2 i 3 o godz. 11:56:15 pozostaje bez wpływu na ocenę terminu doręczenia spornego pełnomocnictwa, które było przesyłane i doręczone odrębnie o godz. 12:00:25 – w drugiej przesyłce. W stanie faktycznym tej sprawy nie mamy do czynienia z niedokładnością w oznaczeniu w wezwaniu z dnia 13 lipca 2022 r. terminu, co wymagałoby interpretacji na korzyść wykonawcy. Zamawiający nie wykazał także istotnych (a nawet jakichkolwiek) przeszkód, które powodowałyby (takie nieznaczące co prawda) opóźnienie w jej doręczeniu, a które to przeszkody Izba uwzględniając zasady współżycia społecznego przewidziane art. 5 kc w związku z art. 8 ust.1 Pzp obowiązana byłaby rozważyć. Zasady współżycia społecznego bowiem to normy społeczne które mają znaczenie ogólne dla wszystkiego rodzaju stosunków społecznych, w tym także i prawnych.

Reasumując Izba stwierdza, że stanowisko Zamawiającego dla tej sprawy, jakoby wyznaczony termin do uzupełnienia dokumentów na godzinę 12.00 w dniu 27 lipca 2022 r. kończył się dopiero minutę po godzinie 12.00 jest w sposób oczywisty – co podkreślał Odwołujący - sprzeczne z literalnym brzmieniem wyznaczonego terminu, logiką i zasadami doświadczenia życiowego. Dokumenty określone wezwaniem powinny zostać uzupełnione do godziny 12.00. Zarówno przepisy kodeksu cywilnego (wskazywany art. 111 – 114), a także art. 8 ustawy Pzp w tej sprawie nie pozwalają, zdaniem Izby, na taką interpretację w myśl której następuje wydłużenie spornego terminu ponad godzinę 12, jak twierdził Zamawiający o 59 sekund a nawet całą minutę. W tym przypadku mamy do czynienia z terminem z precyzyjną datą końcową, do której powinna być dokonana czynność. W tym stanie rzeczy pełnomocnictwo zostało złożone po wyznaczonym terminie, a mianowicie po godzinie 12.00.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

2) została złożona przez wykonawcę:

(...)

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;(...).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – co podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie - jest sformalizowanym procesem, podczas którego wykonawcy muszą stosować się także do terminów ściśle określonych również w wezwaniu kierowanym na podstawie art. 128 ust.1 Pzp. W tym przypadku wskazane uchybienie terminowi dotyczy nie przedłożenia pełnomocnictwa dla pełnomocnika Konsorcjum w terminie wyznaczonym, co skutkuje odrzuceniem oferty Konsorcjum. Zmiana terminu dla dokonania czynności objętej wezwaniem – jego przedłużenie – wymaga uprzedniego wniosku wykonawcy a następnie zgody Zamawiającego na jego wydłużenie przed upływem wyznaczonego terminu.

Zuwagi na powyższe ustalenia także drugi kluczowy zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp z uwagi na wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, która to oferta podlegała odrzuceniu z powodów wskazanych podlega uwzględnieniu. Niewątpliwe wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może następować tylko spośród ofert tych wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty.

Natomiast Izba za niezasadny uznała zarzut związany także z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z jej art. 16 ust. 1 i 2. Odwołujący w zakresie tego zarzutu stwierdził, że Konsorcjum przedstawiło (...) *skan papierowego umocowania, który jednak nie został podpisany podpisem elektronicznym przez mocodawców lub notariusza, a jedynie przez samą K. S.* Izba w tym względzie przyjęła twierdzenia Zamawiającego który wykazał, że *„Po otwarciu pliku z pełnomocnictwem o nazwie „pełnomocnictwo KS_Warszawianka.pdf (4)” programem Adobe Acrobat Reader i kliknięciu w pole „Podpisy: zweryfikuj podpisy dodane do tego dokumentu” wyświetlają się podpisy, zweryfikowane jako prawidłowe: A. J. K., A. B. P., K. S. Dowód: zrzut ekranu z pełnomocnictwem z otwartym polem „Podpisy: zweryfikuj podpisy dodane do tego dokumentu”.* Na dowód przedstawił wraz z odpowiedzią jako załącznik nr 5 – *Zrzut z ekranu z pełnomocnictwem z otwartym polem „Podpisy: zweryfikuj podpisy dodane do tego dokumentu”.* Tak jak podał Zamawiający pełnomocnictwo to zostało podpisane w prawidłowy sposób przez Mocodawcę. Zgodnie z zasadami reprezentacji w WOPR Woj. Zachodniopomorskiego obowiązującymi od dnia 23 lipca 2018 r. *„Jeżeli zarząd jest wieloosobowy do składania oświadczeń w imieniu stowarzyszenia (w tym zaciągania zobowiązań majątkowych) wymagane jest współdziałanie*

dwóch członków zarządu (w tym prezesa lub wiceprezesa z upoważnionym przez zarząd członkiem zarządu)." . W dniu udzielania pełnomocnictwa (1 lipca 2022 r.) A. K. pełnił funkcję prezesa (od 29 października 2021 r. w KRS). Z kolei A. P. pełnił funkcję wiceprezesa (od 23 lipca 2018 r. w KRS). Umocowanie A. P. jako upoważnionego przez zarząd członka zarządu do składania oświadczeń w imieniu stowarzyszenia wynika z uchwały z 19 maja 2018 r., stanowiącej załącznik do oferty Konsorcjum. Pełnomocnictwo to zostało zatem podpisane podpisem elektronicznym przez mocodawców, zgodnie z wymogami Zamawiającego. Dowód w tym zakresie stanowi odpis pełny WOPR Woj. Zachodniopomorskiego oraz uchwała WOPR Woj. Zachodniopomorskiego z 19 maja 2018 r.

Izba zwraca uwagę, że co do tego dokumentu Zamawiający w wezwaniu z dnia 13 lipca 2022 r. podał w zakresie punktu 1 akapit 2:

„W dniu 07.07.2022 r. konsorcjum Stołeczne WOPR oraz WOPR Zachodniopomorskie złożyło ofertę wraz z załącznikami poprzez platformę Josephine prowadzonego postępowania. Zamawiający po zapoznaniu się z dokumentami stwierdził, że dołączone pełnomocnictwo wystawione przez Stołeczne WOPR z dnia 01.12.2021 r. dla Pani K. S. jest niekompletne. W przekazanych dokumentach brakuje pełnomocnictwa udzielonego przez WOPR Województwa Zachodniopomorskiego dla Pani K. S., wskazującego, że jest ona jego pełnomocnikiem w powyższym postępowaniu. Pełnomocnictwo powinno potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania tj. na dzień złożenia oferty. Pełnomocnictwo powinno określać jego zakres i być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy. Pełnomocnictwo należy złożyć w jednej z poniższych postaci:

- w formie elektronicznej (tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy),*
- w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy,*
- cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa sporządzonego w postaci papierowej poświadczonego przez mocodawcę, tj. podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem osobistym lub podpisem zaufanym mocodawcy,*
- cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa sporządzonego w postaci papierowej poświadczonego przez notariusza, tj. podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby posiadającej uprawnienia notariusza.(...)*

W tym przypadku Konsorcjum zastosowało się do możliwości wskazanej w tirecie trzecim (str 2 wezwania: (...) cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa sporządzonego w postaci papierowej poświadczonego przez mocodawcę (...)).

Izba dodatkowo - mając na uwadze art. 7 pkt 23 ustawy Pzp oraz jej art. 61 i przepis § 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej oraz nawiązując do stanowiska Ministerstwa Cyfryzacji i Polskiej Izby Informatyki, co jest powoływane w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dostępnej na stronie UZP) - wskazuje, że nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w PDF), będzie uznany za elektroniczną kopię. W każdym przypadku należy mieć na uwadze kontekst wystawienia i złożenia danego dokumentu. Opatrzanie zeskanowanego pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza, że uprawnieni, w tym przypadkiem członkowie zarządu, zaświadczenia, że graficzne odwzorowanie dokumentu upoważnienia (skan) w kopii elektronicznej jest tożsame z posiadaniem przez Konsorcjum dokumentem w jego wersji papierowej. Istotną jest także okoliczność, że nie w każdym przypadku ci sami członkowie zarządu muszą być wystawcami dokumentu w postaci papierowej, a dokonując powielenia elektronicznego i opatrując to powielenie (skan) podpisem – nie kreują elektronicznie wystawionego upoważnienia, a potwierdzają tylko podpisem kwalifikowanym zgodność kopii z oryginałem.

Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2) (nie jak podano w odwołaniu ust. 1 i 2, co dotyczy także zarzutu pierwszego).

Wskazany przepis jak już cytowano związany jest z podstawami odrzucenia oferty wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne a z kolei art. 16 Pzp jego pkt 1 i 2 stanowią: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; (...).

Powyższy zarzut dotyczył żądanych dokumentów od dnia 27 lipca 2022 r. Tak jak zostało wykazane w toku rozprawy dokumenty były bieżąco przekazywane Odwołującemu na jego żądanie z dnia 27 lipca 2022 r. z godz. 9:53:50. Także wniosek Konsorcjum o przedłużenie terminu do uzupełnienia umocowania został przekazany Odwołującemu się 27 lipca 2022 r. o godz. 12:15:08. Tym samym zarzut ten oczywiście w tej części, co do nie respektowania zasad uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania, związany z dodatkowym żądaniem przedstawienia ponownie dokumentów, które wykonawca uzyskiwał sukcesywnie należało uznać za bezzasadny.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), w tym § 7 ust. 2 pkt 1) oraz § 7 ust. 3 pkt 1, a w przypadku wynagrodzenia pełnomocnika § 5 pkt 2 lit. b) tego rozporządzenia.

Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W myśl z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia:

„2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:

(...)

3) odwołujący i zamawiający (...)

W myśl natomiast § 7 ust. 3 pkt 1:

„W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając od zamawiającego (...) na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, (...);

W niniejszej sprawie Izba obciążając Odwołującego i Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego po połowie miała na uwadze, że kluczowe zarzuty dotyczące podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej zostały tylko w części uwzględnione. Mianowicie, co do podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum podlegał uwzględnieniu jeden z trzech zarzutów podniesionych w odwołaniu, a w konsekwencji związany z nim zarzut dotyczący wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Co do kwoty wynagrodzenia pełnomocnika wnioskowanej przez Odwołującego, Izba miała na względzie wskazane § 5 pkt 2 lit. b) ograniczenie do kwoty 3600 zł i w odniesieniu do takiej kwoty zastosowany został wskaźnik 50 %.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....