

Sygn. akt: KIO 1681/13

WYROK
z dnia 23 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2013 r. przez odwołującego – **Eneria Sp. z o.o., ul. Izabelin-Dziekanówek 6, 05-092 Łomianki**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Spółka Energetyczna "Jastrzębie" S.A., ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie-Zdrój**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Eneria Sp. z o.o., ul. Izabelin-Dziekanówek 6, 05-092 Łomianki** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez **Eneria Sp. z o.o., ul. Izabelin-Dziekanówek 6, 05-092 Łomianki** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Spółka Energetyczna "Jastrzębie" S.A., ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie-Zdrój (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Dostawa i zabudowa kogeneracyjnego agregatu prądowórczego o mocy 2 MWe w PEC S.A. w Wodzisławiu Śląskim”

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2013 r. poinformował wykonawcę Eneria Sp. z o.o., ul. Izabelin-Dziekanówek 6, 05-092 Łomianki (dalej „odwołujący” lub „Eneria”) o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków wraz z ich uzupełnieniami i wyjaśnieniami oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W piśmie zamawiający wskazał, że przyczyną wykluczenia Eneria z postępowania było niespełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym z dnia 20 maja 2013 r. (dalej: „ogłoszenie o zamówieniu”).

9 lipca 2013 r. Eneria wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego w przedmiocie wykluczenia odwołującego z prowadzonego postępowania przetargowego i jednocześnie niezakwalifikowania go do udziału w tym postępowaniu. Odwołujący zarzucał zamawiającemu, iż dokonując wykluczenia Eneria z postępowania przetargowego naruszył następujące przepisy ustawy:

1. art. 26 ust. 3 Pzp zd. ostatnie, poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków oznacza, że wykonawca winien złożyć na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty opatrzone najpóźniej datą z dnia, w którym upłynął termin składania wniosków, podczas gdy z przepisu tego wynika, że nawet, gdy uzupełniony przez wykonawcę dokument nosi datę późniejszą niż termin

składania wniosków w sytuacji, gdy potwierdza on fakt, który miał miejsce przed terminem składania wniosków, wykonawca spełnił prawidłowo wezwanie zamawiającego i w konsekwencji powinien zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu;

2. art. 96 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że pełnomocnictwo udzielone panu L..... N..... z dnia 19 grudnia 2012 r. nie obejmuje umocowania do podpisywania wniosku/oferty w postępowaniu, podczas gdy pełnomocnictwo to obejmuje umocowanie do czynności negocjowania i zawierania transakcji handlowych, podpisywania umów, a więc także do składania i podpisywania wniosków/ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które mają na celu zawarcie umowy;

a w konsekwencji naruszenie:

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i niezasadne wykluczenie odwołującego z prowadzonego postępowania pomimo, iż spełnił on wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Eneria wnosił o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 4 lipca 2013 r. o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków oraz o wykluczenia odwołującego z postępowania;
2. nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie ponownej oceny i badania wniosków i dopuszczenie odwołującego do udziału w postępowaniu;
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego.

W treści uzasadnienia odwołujący wyjaśniał, że w dniu 3 czerwca 2013 r. Eneria złożył wniosek o dopuszczenie go do udziału w omawianym postępowaniu. Pismem z dnia 17 czerwca 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia wniosku, wskazując w szczególności, że wykonawca dołączył do wniosku „Wykaz dostaw wykonanych lub wykonywanych” w poz. 5 (str. 16 Wniosku), w kolumnie „Nazwa Wykonawcy *pkt¹ wpisał Eneria S.A.S. i jednocześnie nie dołączył do wniosku „Pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów” wystawionego przez Eneria S.A.S., o którym mowa w pkt VI.3) ppkt 9 ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z postanowieniem pkt VI.3) ppkt 9 ogłoszenia w celu potwierdzenia spełnienia warunków opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp,

wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z stosunków. Wykonawca zobowiązany jest wtedy udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne (oryginał lub kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez notariusza) zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wykonawca dostarczy również dokumenty poświadczające, że osoby podpisujące zobowiązanie były do tego uprawnione.

Wobec tego, zamawiający wezwał odwołującego o uzupełnienie wniosku o:

- oryginał lub poświadczoną za zgodność z oryginałem przez notariusza, zobowiązania Eneria S.A.S. do oddania do dyspozycji odwołującemu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, podpisanego przez uprawnionego przedstawiciela podmiotu oddającego niezbędne zasoby;
- dokumenty poświadczające, że osoby podpisujące zobowiązanie były do tego zobowiązane.

Dodatkowo, zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wniosku o pełnomocnictwo wystawione dla pana L..... N....., bowiem — w ocenie zamawiającego — pełnomocnictwo złożone wraz z wnioskiem w swojej treści nie zawierało umocowania do podpisywania wniosku/oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie zaś z postanowieniem pkt VI.3) ppkt 5 ogłoszenia, oryginał wniosku musi być podpisany przez osoby upoważnione do reprezentacji wykonawcy zgodnie z zasadą reprezentacji danego wykonawcy wynikającą z dokumentu wydanego przez właściwy organ rejestrowy bądź przez prawidłowo umocowanych pełnomocników dla których należy złożyć stosowne pełnomocnictwo.

Pismem z dnia 20 czerwca 2013 r., odwołujący złożył pisemne zobowiązanie Eneria S.A.S. do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich podczas realizacji zamówienia podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania spółki Eneria S.A.S. w dniu 20 czerwca 2013 r. wraz z odpisem z francuskiego rejestru przedsiębiorców spółki Eneria S.A.S. z dnia 10 czerwca 2013 r. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wystarczy pełnomocnictwo jak do zwykłych czynności zarządu, to jest pełnomocnictwo ogólne. Wskazał, że „upoważnienie do składania oferty wpływające z pełnomocnictwa ogólnego, czyli pełnomocnictwa do zawierania umów, upoważnia także do podpisywania wszelkich załączników do oferty czy do potwierdzania za

zgodność z oryginałem dokumentów załączanych, a także do wysyłania i odbierania korespondencji od zamawiającego w toku postępowania, czyli do wszystkich niezbędnych czynności doprowadzających do efektu końcowego, jakim jest zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego”. Wobec powyższego odwołujący wyjaśnił, że pełnomocnictwo dla Pana L..... N..... z dnia 19 grudnia 2012 r. jest wystarczającym upoważnieniem do złożenia wniosku w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2013 r. poinformował wykonawców o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków wraz z ich uzupełnieniami i wyjaśnieniami oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania. W piśmie zamawiający wskazał, że wykonawca nie spełnił wskazanego w pkt III.2.3) ogłoszenia wymagania dotyczącego posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia polegającego na wykonaniu co najmniej pięciu dostaw agregatów wytwarzających energię elektryczną i ciepło zasilanych paliwami gazowymi (opartymi o gazowe silniki spalinowe) o wartości przekraczającej 2.000.000,00 złotych brutto dla jednostkowej dostawy, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy — w tym okresie.

Odwołujący podnosił, że w związku z wezwaniem odwołującego do uzupełnienia braku pisemnego zobowiązania Eneria S.A.S. do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich podczas realizacji zamówienia, podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentowania spółki Eneria S.A.S., dołączył on wprawdzie do wniosku takie zobowiązanie Eneria S.A.S. wraz z dowodem potwierdzającym, że osoby które zobowiązania udzieliły są upoważnione do działania w imieniu spółki Eneria S.A.S., przy czym zobowiązanie to zostało złożone w dniu 20 czerwca 2013 r. wraz z odpisem z francuskiego rejestru przedsiębiorców z dnia 10 czerwca 2013 r., a więc po terminie złożenia wniosków, który upływał w dniu 5 czerwca 2013 r. W związku z powyższym — w ocenie zamawiającego — odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie wykazał się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia, której wymagał zamawiający w myśl pkt III.2.3) ogłoszenia na dzień 5 czerwca 2013 r.

Eneria wskazywał, że w myśl art. 26 ust. 3 Pzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków. Podkreślał, że zamawiający powołał się wprawdzie na powyższy przepis w piśmie wzywającym do złożenia wyjaśnień lub przekazania uzupełnień z dnia 17 czerwca 2013 r., tym niemniej rozumiał przez to, że pisemne zobowiązanie do oddania przez Eneria S.A.S. niezbędnych zasobów — o

uzupełnienie którego wzywał — winno być podpisane przez osoby upoważnione ze strony Eneria S.A.S. najpóźniej na dzień złożenia wniosków.

W opinii odwołującego stanowisko prezentowane przez zamawiającego nie jest w tym przypadku prawidłowe, gdyż zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp istotnym jest to, czy warunek stawiany przez zamawiającego jest spełniony w dniu, w którym upływał termin składania wniosków niezależnie od tego, jaką datę nosi dokument potwierdzający fakt spełnienia warunku. Zwracał uwagę, że we wniosku na stronie 16 w poz. 5 zostało wskazane, że dostawa została zrealizowana przez Eneria S.A.S. dla Residence OZENFANT we Francji w okresie od maja 2011 roku do listopada 2011 roku. W związku z czym na dzień złożenia wniosków spełniony został warunek, o którym mowa w pkt III.2.3) ogłoszenia tj. by wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej pięciu dostaw agregatów wytwarzających energię elektryczną i ciepło zasilanych paliwami gazowymi na dzień składania wniosków.

Odwołujący podkreślał, że w tych okolicznościach sprawy nie ma znaczenia, że Eneria przedstawił zamawiającemu dokument jednocześnie opatrzony prawdziwą datą jego sporządzenia, ale odnoszący się do stanu przeszłego – przed dniem złożenia wniosków. Odwołując się do orzecznictwa Izby podnosił, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp, będący podstawą czynności zamawiającego, polegającej na wezwaniu przystępującego do uzupełnienia dokumentów, wprost w zdaniu ostatnim stanowi bowiem, iż złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, co oznacza, że istotnym jest to, czy warunek był spełniony w dniu, w którym upływał termin składania niezależnie od tego, jaką datę nosi dokument fakt spełnienia warunku potwierdzający.

Eneria wyjaśniał, że nie mógł złożyć pisemnego zobowiązania Eneria S.A.S. do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia na okres korzystania przez nich podczas realizacji zamówienia z datą na dzień składania wniosków, a z datą kiedy je uzupełniał. Wraz z wnioskiem złożonym w dniu 3 czerwca 2013 r. odwołujący oświadczył, iż posiada doświadczenie w wykonaniu dostawy agregatów wytwarzających energię elektryczną i ciepło zasilanych paliwami gazowymi (opartymi o gazowe silniki spalinowe) dla Residence OZENFANT we Francji w okresie od maja 2011 roku do listopada 2011 roku. Odwołujący wskazywał, że w złożonym pisemnym zobowiązaniem z dnia 20 lipca 2013 r. potwierdził posiadanie doświadczenia w tym obszarze na dzień składania wniosków, gdyż z załącznika nr 3 do wniosku „Wykaz dostaw wykonanych lub wykonywanych” (s. 16) wynikał powyższy stan.

Zwracał uwagę, że w wyroku KIO 293/10 stwierdzono że „(...) uzupełnione na

wezwanie Zamawiającego dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert - wbrew stanowisku Odwołującego nie oznacza to, że mają być wystawione przed tą datą. Mogą być wystawione z datą późniejszą, lecz z ich treści powinno w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że w dniu otwarcia ofert wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu (...)"

W związku z powyższym zdaniem Eneria, skoro z treści załącznika nr 3 do wniosku „Wykaz dostaw wykonanych lub wykonywanych” jednoznacznie wynika, że odwołujący spełnia warunki postawione przez zamawiającego w pkt III.2.3) ogłoszenia na dzień złożenia wniosków to złożone przez odwołującego pisemne zobowiązanie Eneria S.A.S. do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia na okres korzystania przez nich podczas realizacji zamówienia umacnia złożone oświadczenia i potwierdza stan faktyczny.

Następnie odwołujący uzasadniał postawienie zarzutu naruszenia art. 98 k.c. w zw. z art. 14 Pzp

Wskazywał, że w piśmie z dnia 4 lipca 2013 r., zamawiający wskazał, że dokumenty składane do wniosku są oświadczeniem wykonawcy, wobec czego zamawiający musi mieć pewność, że osoba reprezentująca wykonawcę, składając w jego imieniu oświadczenia ma odpowiednie umocowanie w tym zakresie. W ocenie zamawiającego pełnomocnictwo dla pana L..... N..... z dnia 19 grudnia 2012 r. nie spełnia tych wymagań, bowiem z pełnomocnictwa tego nie wynika, by pan L..... N..... miał prawo do podpisywania wniosku/oferty w niniejszym postępowaniu.

Eneria wskazywał, że zgodnie z art. 96 k.c., który znajduje zastosowanie w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 14 Pzp, umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo). Zgodnie z pełnomocnictwem udzielonym w dniu 19 grudnia 2012 r., pan L..... N..... został wyznaczony przez osoby upoważnione na przedstawiciela Zarządu spółki Eneria Sp. z o.o. z prawem do występowania w imieniu Spółki oraz reprezentowania Spółki między innymi w zakresie „negocjowania i zawierania transakcji handlowych, podpisywania umów (zwłaszcza zakupu, sprzedaży, dzierżawy, umów współpracy, umów z podwykonawcami itp.) będących głównym przedmiotem zakresu działalności Spółki, uwzględniając wyposażenie i produkty wymienione w zakresie działania i na terytorium objętym działalnością Spółki Eneria Sp. z o.o.” Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 19 grudnia 2012 roku Pan L..... N..... upoważniony został zatem do działania w imieniu Spółki w szczególności w zakresie zawierania umów. Podkreślał, że katalog umów przez słowo „zwłaszcza” stanowi w pełnomocnictwie katalog otwarty, wobec czego upoważnienie pana L..... N..... do zawierania umów obejmuje nie tylko umowy sprzedaży, dzierżawy

ale także prawo do zawierania umów o udzielenie zamówienia publicznego (umowy dostawy, umowy na wykonanie usługi itp.). Tym samym zdaniem Eneria pełnomocnictwo w tym zakresie jest zatem jednoznaczne. Jednocześnie stosując zasadę wykładni logicznej a fortiori argumentum a major ad minus pełnomocnictwo z dnia 19 grudnia 2012 r. upoważnia Pana L..... N..... także do podpisywania ofert (w tym ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego), podpisywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (w tym wniosku złożonego w niniejszym Postępowaniu), potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów załączanych do oferty/wniosku itp.

W opinii Eneria z treści złożonego pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2012 r. jednoznacznie wynika, że pełnomocnik upoważniony jest do „negocjowania i zawierania transakcji handlowych, podpisywania umów”, a zatem z całą pewnością również do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący twierdził, że pełnomocnictwo pana L..... N..... z dnia 19 grudnia 2012 r. upoważniało go do złożenia wniosku w niniejszym postępowaniu w imieniu odwołującego.

9 lipca 2013 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

23 lipca 2013 r. w toku posiedzenia z udziałem stron zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej, wskazując w treści odpowiedzi, że uznaje odwołanie za całkowicie bezpodstawne i zarazem wnosił o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego, odpowiedź na odwołanie, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności związane z treścią ogłoszenia o zamówieniu, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Eneria w postępowaniu oraz treścią pisma zamawiającego kierowanego do odwołującego wraz z odpowiedzią na ww. pismo, zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła dokumentację postępowania przedłożoną przez odwołującego oraz oświadczenie osób upoważnionych do reprezentacji Eneria z dnia 9 lipca 2013 r. – wraz z tłumaczeniem na język polski - w treści, którego

wskazano, że „rzeczywistą wolą spółki było, by pełnomocnictwo z 19 grudnia 2012 r. udzielone przez Spółkę Panu L..... N..... upoważniało pana L..... N..... do reprezentowania spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności w przedmiotowym postępowaniu upoważniało do zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego, w tym składania ofert, wniosków, oświadczeń i zobowiązań (...)”.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W okolicznościach omawianej sprawy Izba stanęła na stanowisku, że odwołujący nie wykazał w sposób prawidłowy spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia a także, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Eneria, został podpisany przez Pana L..... N....., który nie posiadał odpowiedniego umocowania do dokonania tej czynności.

Z ustaleń Izby wynika, że odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu. Bezspornym jest, że zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 17 czerwca 2013 r. wezwał Eneria do uzupełnienia wniosku o:

- oryginał lub poświadczoną za zgodność z oryginałem przez notariusza, zobowiązania Eneria S.A.S. do oddania do dyspozycji odwołującemu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, podpisanego przez uprawnionego przedstawiciela podmiotu oddającego niezbędne zasoby wraz dokumentami oświadczającymi, że osoby podpisujące zobowiązanie były do tego zobowiązane;
- pełnomocnictwo wystawione dla Pana L..... N....., które zawierałoby w swojej treści umocowanie do reprezentowania odwołującego w prowadzonym postępowaniu.

Nie było także spornym, że Eneria w wyznaczonym przez zamawiającego terminie złożył pisemne zobowiązanie Eneria S.A.S. do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich podczas realizacji zamówienia podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania spółki Eneria S.A.S., opatrzone datą 20 czerwca 2013 r. wraz z odpisem z francuskiego rejestru

przedsiębiorców spółki Eneria S.A.S. z dnia 10 czerwca 2013 r. Natomiast w kwestii pełnomocnictwa Pana L..... N..... z dnia 19 grudnia 2012 r. odwołujący nie złożył żadnych dokumentów, a jedynie zawarł w piśmie wyjaśnienia z których wynikało, że zdaniem odwołującego, powołane powyżej pełnomocnictwo jest wystarczające do podpisania wniosku złożonego przez odwołującego.

Rozpoznając zarzuty niniejszego odwołania Izba przede wszystkim wskazuje, że przepisy ustawy Pzp nakładają na wykonawcę, który ubiega się o udzielenie zamówienia zobowiązanie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego indywidualnie w każdym postępowaniu. W przypadku, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie danego zamówienia nie wykaże w sposób wystarczający ich spełnienia to oczywistym jest, że zamawiający jest zobligowany do wykluczenia takiego wykonawcy z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Tym samym wykazanie spełnienia warunków udziału w określonym postępowaniu niewątpliwie jest obowiązkiem wykonawcy. Po rozpoznania zarzutów odwołania Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu odwołujący nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości spełnienia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodzić się należy z odwołującym, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków, co oznacza, że istotnym jest to, czy warunek był spełniony w dniu, w którym upływał termin składania niezależnie od tego, jaką datę nosi dokument fakt spełniania warunku potwierdzający. Nie oznacza to wcale, że uzupełnione oświadczenia i dokumenty mają być wystawione przed tą datą składania wniosków. Mogą być wystawione z datą późniejszą, lecz z ich treści powinno w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że w dniu otwarcia ofert wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w omawianym postępowaniu. Po pierwsze, wskazać należy, że pisemne zobowiązanie Eneria S.A.S. do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia na okres korzystania przez nich podczas realizacji zamówienia zostało opatrzone datą 20 lipca 2013 r. i nie zawiera w swej treści informacji, że udostępnienie zasobów tego podmiotu nastąpiło nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania wniosków, tj. 5 czerwca 2013 r. Wobec tego na podstawie niniejszego zobowiązania datowanego na dzień 20 lipca 2013 r. nie można, w

sposób nie budzący żadnych wątpliwości stwierdzić, że wykonawca Eneria S.A.S. udostępnił własny potencjał odwołującemu nie później niż w dniu 5 czerwca 2013 r.

Odnosząc się zaś do stanowiska odwołującego opierającego się tym, że z tego, iż odwołujący dysponował referencjami wykonawcy Eneria SAS, Izba uznała, że samo zamieszczenie referencji we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie przesądza o tym, że podmiot, tj. Eneria S.A.S., udostępnił odwołującemu własny potencjał w określonej dacie.

Zgodzić się należy z zamawiającym, który podnosił, że wywód odwołującego zawarty w odwołaniu, odnoszący się do okresu w jakim podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie wykonał dostawy ujęte przez Eneria w wykazie, jest w niniejszym postępowaniu całkowicie bez znaczenia, albowiem z dokumentów nie wynika, iż w dniu składnia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tj. 5 czerwca 2013 r.) odwołujący dysponował zobowiązaniem podmiotu oddającego niezbędne zasoby, a dokument wystawiony przez Eneria SAS datowany na dzień 20 lipca 2013 r. nie potwierdza w żadnym stopniu, by zobowiązanie to dotyczyło także czasookresu poprzedzającego jego wystawienie.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III. 2 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu, a zatem zamawiający właściwie uznał, że wykonawca Eneria podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 96 k.c. w zw. z 14 Pzp, przez błędne przyjęcie, że pełnomocnictwo udzielone L..... N..... z dnia 19 grudnia 2012 r. nie obejmuje umocowania do podpisania wniosku/oferty w postępowaniu. Izba po przeanalizowaniu całości materiału dowodowego w sprawie stwierdziła, że podnoszony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezspornym jest, że zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że wymaga, aby oryginał wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu był podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy, zgodnie z zasadą reprezentacji danego wykonawcy, wynikającą z dokumentu wydanego przez właściwy organ rejestrowy, bądź przez prawidłowo umocowanych pełnomocników, dla których należało załączyć pełnomocnictwo.

Izba ustaliła, że odwołujący do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył pełnomocnictwo Pana L..... N..... z dnia 19 grudnia 2012. Zamawiający uznając, że z ww. pełnomocnictwa nie wynika prawidłowe umocowanie do podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pismem z dnia 17 czerwca

2013 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia wniosku o stosowne pełnomocnictwo. Odwołujący zamiast żądanego dokumentu w dniu 20 czerwca 2013 r. przedstawił jedynie wyjaśnienia, zgodnie z którymi powołane pełnomocnictwo należało uznać za wystarczające do podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Po przeanalizowaniu treści pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2012 r. udzielonego Panu L..... N..... Izba stwierdziła, że Zarząd Spółki Eneria wyznaczył co prawda Pana L..... N..... na przedstawiciela Zarządu i upoważnił go do występowania w imieniu Eneria, jednakże istotnym jest, że w treści pełnomocnictwa enumeratywnie wymieniono sytuacje w których Pan L..... N..... jest uprawniony do reprezentowania Spółki. Izba wskazuje, że z treści pkt 1 i 2 ww. pełnomocnictwa, na które powoływał się odwołujący nie wynika, że Pan L..... N..... posiada umocowanie do podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w prowadzonym postępowaniu.

Wskazać należy, że w pkt 1 pełnomocnictwa upoważnia Pana L..... N..... do negocjowania i zawierania transakcji handlowych, podpisywania umów (zwłaszcza: zakupu, sprzedaży i dzierżawy, umów współpracy, umów z podwykonawcami itp.). Izba zwraca uwagę, że powyższe należy odnosić do stosunków w obrocie handlowych, a zatem nie jest właściwym rozciąganie powyższego uprawnienia na sferę związaną z uczestnictwem w postępowaniach mających na celu udzielanie zamówień publicznych. Analogiczna argumentacja znajduje również zastosowanie do pkt 2 pełnomocnictwa do którego odwoływał się Eneria, gdzie podano: „Zakup, wynajem i sprzedaż wszelkich koniecznych produktów i urządzeń, nie zwartych w poprzednim punkcie, w zakresie niezbędnym do prowadzenia działalności Spółki, jak również podpisywanie, doprowadzania do zawarcia i rozwiązania odnośnych kontraktów handlowych”. Zdaniem Izby powołana treść pełnomocnictwa nie daje podstaw do przyjęcia, że Pan L..... N..... jest uprawniony do reprezentowania odwołującego w zakresie podpisania wniosku do udziału w postępowaniu.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodu w postaci oświadczenia zarządu Eneria z dnia 9 lipca 2013 r., uznając jego przedstawione w toku rozprawy za spóźnione, gdyż zostało ono wystawione w dniu 9 lipca 2013 r. co przesądza o tym, że zamawiający nie dysponował nim na etapie podejmowania decyzji w kwestii prawidłowości pełnomocnictwa zawartego we wniosku odwołującego.

Izba podkreśla, że odwołujący przedstawiając, na wezwanie zamawiającego z dnia 17 czerwca 2013 r., jedynie wyjaśnienia zamiast stosownego dokumentu, sam pozbawił się dalszego uczestnictwa w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podsumowując, Izba uznała za prawidłową czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z prowadzonego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z ww. przyczyn.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: