

sygn. akt: **KIO 440/17**

WYROK
z dnia 14 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2017 r. przez wykonawcę - **SPRINT S.A., ul. Jagiellończyka 26; 10-062 Olsztyn**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21; 41-300 Dąbrowa Górnicza**,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia SPRINT S.A., ul. Jagiellończyka 26; 10-062 Olsztyn z postępowania, ponowne badanie i ocenę ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21; 41-300 Dąbrowa Górnicza** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **SPRINT S.A., ul. Jagiellończyka 26; 10-062 Olsztyn**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gmina Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21; 41-300 Dąbrowa Górnicza** na rzecz **SPRINT S.A., ul. Jagiellończyka 26; 10-062 Olsztyn** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Górnicza, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Bieżące utrzymanie sygnalizacji świetlnych na terenie gminy Dąbrowa Górnicza*”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 stycznia 2017 roku, pod numerem: 13317-2017.

Dnia 1 marca 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 6 marca 2017 roku wykonawca SPRINT S.A., ul. Jagiellończyka 26; 10-062 Olsztyn (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności: powtórzenie czynności badania i oceny ofert; unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, złożył oświadczenia i dokumenty w dniu 20.02.2017 r. W związku jednak z brakami stwierdzonymi w ww. dokumentach pismem z dnia 23.02.2017 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uzupełnienie nastąpiło w dniu 27 lutego 2017 r.

Odwołujący stwierdził, że jego wykluczenie z postępowania dokonane zostało z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 12 ustawy Pzp. Okoliczność, w której uzupełnione wykazy usług oraz osób opatrzone zostały datą 31.01.2017 r., a podpisane zostały przez osobę, która pełnomocnictwo do działania w imieniu odwołującego otrzymała w dniu 17 lutego 2017 r. nie pozbawia skuteczności tych dokumentów.

W ocenie odwołującego, data uwidoczniiona na wykazach osób oraz usług jest bez znaczenia dla oceny skuteczności ich złożenia. Zasadnicze znaczenie ma to, czy oświadczenia te złożone zostały przez osobę posiadającą stosowne umocowanie w terminie wymaganym przez zamawiającego na ich złożenie.

Jak wynika ze stanu faktycznego osoba podpisująca oświadczenia dot. wykazu osób oraz usług posiadała stosowne pełnomocnictwo do działania w imieniu odwołującego już w dniu 17 lutego 2017 r. Z kolei, oświadczenia odwołującego stanowiące wykazy osób oraz usług dotarły do zamawiającego w dniu 27.02.2017 r., a zatem stosownie do art. 61 kc (*oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do*

niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią) w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w tym dniu zostały one złożone zamawiającemu. Nie ulega zatem wątpliwości, że osoba składająca te oświadczenia posiadała stosowne umocowanie.

W doktrynie podkreśla się ponadto (np. wyrok KIO z dnia 02.11.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2260/10), że uzupełnione na wezwanie zamawiającego pełnomocnictwo np. do złożenia oferty może zostać udzielone po terminie składania ofert. Z kolei okoliczność, w której data złożenia oferty przypada na dzień przed udzielenia tego pełnomocnictwa nie oznacza braku skuteczności uzupełnienia pełnomocnictwa. Analogicznie należy odnieść się do przedmiotowego stanu faktycznego. Okoliczność, w której data uwidoczniona na wykazach usług oraz osób przypada na dzień przed udzielenia pełnomocnictwa nie oznacza, że dokumenty te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać należy również, że przedmiotowe wykazy zostały złożone zamawiającemu wraz z pismem przewodnim z dnia 24.02.2017 r. podpisanym przez tę samą osobę, która podpisała uzupełnione wykazy. W treści tego pisma pełnomocnik tj. p. M.K. wskazał, że w załączeniu przedstawia nowe wykazy osób oraz usług, sporządzone w związku z otrzymanym wezwaniem do uzupełnienia dokumentów. Nie ulega zatem wątpliwości, że wykazy te nie mogły zostać sporządzone w dniu 31.01.2017 r.

Z ostrożności odwołujący podniósł, że uzupełnienie dokumentów dokonane przez odwołującego w dniu 24.02.2017 r. i łączące się z tą czynnością oświadczenia złożone przez ustawy Pzp M.K. skutkowały potwierdzeniem (konwalidacją) przez tego pełnomocnika jego oświadczeń zawartych w wykazach usług oraz osób.

O braku podstaw do kwestionowania uzupełnionych dokumentów z powołaniem się na datę uwidocznioną w ich treści przemawia również treść art. 26 ust. 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle treści tych przepisów dla oceny skuteczności składanych/ uzupełnianych dokumentów znaczenie ma ustalenie, czy są one aktualne na dzień ich złożenia. O braku ich aktualności na dzień ich złożenia nie przesądza data uwidoczniona w ich treści, jak również okoliczność, że pełnomocnictwo dla osoby składającej te oświadczenia zostało udzielone po terminie składania ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle przyjętych kryteriów oceny ofert oferta odwołującego jest najkorzystniejsza, a tym samym jego wykluczenie z postępowania, dokonane z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wprost prowadzi do powstania po jego stronie szkody.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Pismem z dnia 1 marca 2017 r., zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania. Jako podstawę prawną wykluczenia zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowi, iż z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia zamawiający powołał się na brak spełnienia przez odwołującego warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej:

- pkt 8.2.3.1.2 s.i.w.z. - wykonania lub wykonywania minimum jednej usługi polegającej na bieżącym utrzymaniu systemu ważenia pojazdów w ruchu WIM o wartości 50 000,00 zł brutto;
- pkt 8.2.3.2.6 s.i.w.z. - dysponowania minimum 2 osobami skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego posiadającymi autoryzację producenta/dostawcy do obsługi i programowania systemów wideo detekcji Trafficon.

W odniesieniu do braku spełnienia obu ww. warunków zamawiający przedstawił analogiczne uzasadnienie. Poinformował, iż odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp przedstawił nowy wykaz usług oraz nowy wykaz osób. Zamawiający wskazał: *„Ponieważ Wykaz opatrzony jest datą 31.01.2017 r., natomiast został podpisany przez (...), który otrzymał pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawcy z dniem 17.02.2017 r. uzupełnienie oferty nie może zostać uznane za skuteczne.”.*

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż przedmiotem rozpoznania mogą być tylko i wyłącznie okoliczności wskazane przez zamawiającego w informacji o wykluczeniu odwołującego z dnia 1 marca 2017 roku. Fakty i argumentacja przedstawiona przez zamawiającego na rozprawie nie mogą być brane pod uwagę, albowiem wskazują na nowe, nieznane dotąd odwołującemu okoliczności. Tym samym, Izba przedmiot swojego rozpoznania zakreśliła tylko do stanowiska zamawiającego, wyrażonego w informacji z dnia 1 marca 2017 roku, który stwierdził, że uzupełnienie oferty nie może zostać uznane za skuteczne albowiem uzupełnione wykazy opatrzone są datą 31 stycznia 2017 roku, natomiast podpisane są przez pełnomocnika, który swoje pełnomocnictwo otrzymał w dacie 17 lutego 2017 roku.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba w całości podziela stanowisko odwołującego, uznając je za własne.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za takim stanowiskiem przemawiają następujące argumenty.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. (...).

Biorąc powyższe pod uwagę, mając na względzie stan faktyczny sprawy, stwierdzić należało, że zamawiający powziąwszy informację, iż treść złożonych przez odwołującego dokumentów, nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, zasadnie przyjął i zastosował przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywając odwołującego wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów, jednakże błędnie wywiódł skutek prawny i faktyczny dla odwołującego.

W zakreślonym przez zamawiającego terminie odwołujący złożył wymagane dokumenty, jednakże wątpliwości zamawiającego wzbudziła data widniejąca na uzupełnionych wykazach, nie korespondująca z datą udzielonego pełnomocnictwa, wystawionego dla osoby podpisującej rzeczony wykazy.

Bezspornym w sprawie jest, iż pełnomocnictwo dla osoby podpisującej uzupełnione wykazy, udzielone zostało w dacie 17 lutego 2017 roku, oraz fakt, iż na uzupełnionych wykazach widnieje data 31 stycznia 2017 roku.

Poddając pod ocenę czynność zamawiającego, Izba stwierdziła, że nie jest możliwe, aby w dacie 31 stycznia 2017 roku, ustanowiony w dniu 17 lutego 2017 roku pełnomocnik mógł podpisać rzeczony wykazy.

Po pierwsze w dacie 31 stycznia 2017 roku, Pan M.K. nie był ustanowionym pełnomocnikiem, a po drugie, jak to wynika z pisma z dnia 24 lutego 2017 roku, podmiotowe uzupełnienia składane były na wezwanie zamawiającego z 23 lutego 2017 roku.

Powyższe oznacza i w ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż data widniejąca na wykazach złożonych przez odwołującego, została na nich umieszczona przez omyłkę, albowiem zgodnie z oświadczeniem odwołującego złożonym na rozprawie, wykonawca ten sporządzał nowe wykazy na wzorach przygotowanych do złożenia wraz z ofertą, stąd data widniejąca na nich, tj. 31 stycznia 2017 roku. Zamawiający oceniając złożone wykazy nie dochował należytej staranności przy ich badaniu, albowiem kwestię powyższą winien, co najmniej wyjaśnić z odwołującym. Nadto nawet gdyby, co znajduje swoje odzwierciedlenie w stanie faktycznym sprawy, zamawiający nie wyjaśniał powyższej okoliczności, to zamawiający winien przyjąć, że złożone wykazy zostały sporządzone na jego wezwanie z dnia 23 lutego 2017 roku i zostały podpisane przez osobę do tych czynności prawidłowo umocowaną w dacie ich sporządzania. Jak wynika z akt postępowania p. M.K. został prawidłowo umocowany do dokonywania takich czynności już w dacie 17 lutego 2017 roku, co oznacza, że miał pełne prawo do podpisywania dokumentów sporządzanych po tej dacie. W okolicznościach przedmiotowej sprawy brak jest bowiem możliwości stwierdzenia, że p. M.K. podpisał nowe wykazy w dacie 31 stycznia 2017 r., albowiem w dacie tej nie miał umocowania do dokonywania takich czynności. Nadto wskazać należy, iż z treści pisma przewodniego do składanych (uzupełnianych) wykazów, z dnia 24 lutego 2017 roku, wprost wynika, że są one składane na wezwanie zamawiającego z 23 lutego 2017 roku.

Rekapitulując, Izba stwierdziła, że data widniejąca na wykazach (31 stycznia 2017 r.) pozostaje bez znaczenia prawnego i faktycznego, w odniesieniu do treści składanego oświadczenia (wykazów). Istotnym jest bowiem, czy składane wykazy są aktualne na dzień złożenia oświadczeń (art. 26 ust. 2 ustawy Pzp), a okoliczności przeciwnej zamawiający nie wykazał. Jak słusznie wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1234/12 *„Fakt, iż niektóre z dokumentów ofertowych noszą datę wcześniejszą od daty podanej na dokumencie pełnomocnictwa nie ma w tych okolicznościach znaczenia zważywszy, że istotna jest data złożenia i otwarcia oferty przez zamawiającego, a nie daty sporządzenia poszczególnych dokumentów składających się na całość oferty.”*

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: