

**WYROK**  
**z dnia 18 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2015 r. przez **ITC S.A., ul. Twarda 18, 00 – 105 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Centralne Biuro Antykorupcyjne, Al. Ujazdowskie 9, 00 – 583 Warszawa**,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **ITC S.A., ul. Twarda 18, 00 – 105 Warszawa**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **ITC S.A., ul. Twarda 18, 00 – 105 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym przez Zamawiającego - Centralne Biuro Antykorupcyjne w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup usługi serwisu pogwarancyjnego, asysty technicznej i opieki powdrożeniowej systemu CSI.” Wnoszący odwołanie wykonawca ITC S.A. z Warszawy [Odwołujący]. z uwagi na wykluczenie wykonawcy z przedmiotowego postępowania oraz wybór oferty wykonawcy - Transition Technologies S.A. podniósł zarzut naruszenia przepisu:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp z uwagi na uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, pomimo iż Odwołujący należycie i zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia udowodnił, iż będzie dysponował zasobami innych podmiotów w trakcie realizacji zamówienia przedkładając Zamawiającemu pisemne zobowiązanie tych podmiotów we właściwej (pisemnej) formie;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 78 § 1 KC z uwagi na uznanie, że Odwołujący nie przedłożył zobowiązania do udostępnienia zasobów w formie pisemnej w rozumieniu art. 78 § 1 kodeksu cywilnego, gdyż zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji podmiotu trzeciego, przy czym brak uprawnienia Zamawiający wywiódł wyłącznie w oparciu o przedłożony na wezwanie Zamawiającego w trybie art.26 ust. 3 wypis aktu notarialnego nie zawierający podpisu notariusza;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne i niemające oparcia w specyfikacji wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa do reprezentacji podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby w formie oryginału lub kopii notarialnej oraz bezzasadne wykluczenie Odwołującego w oparciu o wadliwą ocenę przedłożonych dokumentów;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne wykluczenie Odwołującego bez ewentualnego wyjaśnienia prawidłowości udokumentowania umocowania do podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci.

Wskazując na powyższe wniósł o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Transition Technologies S.A. oraz czynności wykluczenia Odwołującego i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu zarzutów stwierdził, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych

podmiotów. W takiej sytuacji musi Zamawiającemu udowodnić, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zamawiający w punkcie VI c) specyfikacji dodatkowo zamieścił wymaganie, aby przedmiotowe zobowiązanie zostało przedłożone w oryginale. Wykonawca spełnił wymaganie przedkładając na stronach 20 - 21 oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie zostało przedłożone w formie pisemnej, w oryginale, podpisane przez pełnomocnika. Został on upoważniony do reprezentowania spółki pełnomocnictwem udzielonym w formie aktu notarialnego. Niniejsze pełnomocnictwo zostało dołączone do oferty Odwołującego w formie kopii poświadczonej przez pełnomocnika (str. 28-30 oferty). W dniu 26 sierpnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia niniejszego pełnomocnictwa poprzez złożenie go w formie notarialnie poświadczonej. Odwołujący przedłożył wypis z wymienionego aktu notarialnego. Wypis został sporządzony przez tego samego notariusza, przed którym sporządzono akt notarialny, w którym udzielono pełnomocnictwa, jest z daty 28.08.2015 r. i został opatrzony pieczęcią, jednak nie zawiera podpisu notariusza. Zdaniem Zamawiającego brak podpisu notariusza na wypisie z aktu notarialnego świadczy o braku zachowania formy pisemnej samego zobowiązania do udostępnienia zasobów. Zamawiający przedstawił niezwykle karkołomny wywód mówiący o tym, iż forma pisemna jest zachowana tylko wtedy, gdy zawiera własnoręczny podpis na dokumencie oświadczenia woli, aczkolwiek fakt, iż pełnomocnictwo nie zostało podpisane przez notariusza świadczy o tym, że „nie została, zatem zachowana właściwa forma wypisu aktu notarialnego”. Takie uzasadnienie Zamawiającego w żadnym stopniu nie zasługuje na aprobatę. Wymagana forma zobowiązania do udostępnienia zasobów - forma pisemna, w oryginale - została spełniona przez Odwołującego. Zamawiający nie przedstawił natomiast żadnych wymagań, co do formy pełnomocnictwa upoważniającego do reprezentacji podmiotu trzeciego. Co więcej nie wymagał przedłożenia żadnych dokumentów, które potwierdzałyby upoważnienie do udzielenia zobowiązania do udostępnienia zasobów (nie tylko pełnomocnictwa, ale także dokumentów rejestrowych). Pełnomocnictwo to mogło zatem zostać udzielone w zwykłej formie pisemnej. Zostało ono udzielone w formie aktu notarialnego, co sprawia, że powinno ono być dla Zamawiającego tym bardziej „wiarygodne”. Fakt, iż wypis z aktu notarialnego omyłkowo nie został podpisany przez notariusza nie świadczy o tym, iż pełnomocnictwo nie istnieje. Zostało ono udzielone, jest ważne i wiążące. Jego zdaniem, potwierdzają to zarówno kopia tego samego pełnomocnictwa dołączona do oferty Odwołującego (opatrzona podpisem notariusza) jak i wypis udzielony przez notariusza w dniu 28.08.2015. Zamawiający błędnie zatem ustala zarówno brak istnienia upoważnienia do podpisania zobowiązania podmiotu trzeciego

(takowe niewątpliwie istnieje, a jedynie jeden z dokumentów potwierdzających jego istnienie obarczony jest wadą formalną), jak i błędnie w oparciu o powyższe wywodzi brak formy pisemnej dla samego zobowiązania do udostępnienia zasobów (podczas, gdy są to dwa oddzielne dokumenty o odmiennym znaczeniu prawnym). Podkreślił, że Odwołujący spełnił wszystkie wymogi sprecyzowane w specyfikacji, podporządkował się również wezwaniu do uzupełnienia braków z dnia 26.08.2015 r., do którego Zamawiający nie był zgodnie ze specyfikacją uprawniony, i przedstawił notarialny wypis potwierdzający udzielenie pełnomocnictwa w formie aktu notarialnego.

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z udziału w postępowaniu podlega wykluczeniu ten wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia [Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków] w akapicie w pkt 1 po lit c) wymagał, aby wykonawca, polegając na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, udowodnił, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów (w formie oryginału) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Z kolei w podpunkcie 3 punktu VI stwierdził, że ocena spełnienia warunków będzie następowała na podstawie złożonych wraz z ofertą dokumentów wskazanych w rozdziale VII specyfikacji. W odniesieniu do zobowiązania z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp opracował wzór formularza, w którym m.in. przewidział „podpis i pieczęć uprawnionego przedstawiciela.” W tym rozdziale VII w jego punkcie 5 określił także formę składanych dokumentów, zaznaczając w tiret trzecim, że w przypadku dokonywania czynności związanych ze złożeniem dokumentów przez osobę nie wymienioną w dokumencie rejestracyjnym (ewidencyjnym) wykonawcy do oferty należy dołączyć stosowne pełnomocnictwo w formie oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem.

Rozpoznając zarzuty z odwołania, Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że nie ma podstaw do uznania, że postanowienie z rozdziału VII jego punkt 5 nie może mieć

zastosowania do pełnomocnictwa przedkładanego przez podmiot trzeci, w którego imieniu składa oświadczenie nie jego przedstawiciel, a ustanowiony pełnomocnik. Wykonawca odwołanie w ofercie - w spornym zakresie - przedłożył oświadczenie podmiotu trzeciego podpisane przez osobę, która nie jest przedstawicielem tego wykonawcy - spółki, ale jej pełnomocnikiem. Do tego zobowiązania została załączona kserokopia pełnomocnictwa, sporządzonego w formie aktu notarialnego, którego wypis z Repertorium A nr 4116/2013 z datą 17.05.2013 r., która została potwierdzona za zgodność z oryginałem także przez ustanowionego w tym akcie pełnomocnika. Zamawiający zasadnie zatem, stwierdzając w wezwaniu z dnia 26.08.2015 r., że kserokopia ta nie została poświadczona notarialnie za zgodność z oryginałem zażądał na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp uzupełnienia tego pełnomocnictwa w formie określonej w rozdziale VII pkt 5 specyfikacji. Wykonawca w wyniku tego wezwania przedłożył dokument oznaczony, jako „Wypis”, w którym wskazano na Repertorium A nr 2780/2015 i datę 28.08.2015 r. Na tym dokumencie umieszczono pieczęć okrągłą z godłem państwowym, która zawierała także imię i nazwisko z zaznaczeniem, że dotyczy ona notariusza oraz adnotację o jego siedzibie. Pod treścią dokumentu zamieszczono także pieczętkę [zawierającą imię i nazwisko oraz również zaznaczenie, że dotyczy ona notariusza], pod którą nie złożono podpisu tego notariusza. Zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy o notariacie zdanie 3 „Wypis podpisuje notariusz i opatruje pieczęcią”. To oznacza, że wykonawca nie zastosował się do wezwania Zamawiającego, i nie uzupełnił dokumentu pełnomocnictwa w sposób wymagany specyfikacją. W konsekwencji bowiem nie przedłożył, ani oryginału pełnomocnictwa w zwykłej formie pisemnej, ani kopii poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem. Izba, abstrahując od treści tego pełnomocnictwa, zauważa na marginesie, że sporny dokument ma również inne wady formalne. Oznaczony, jako „Wypis” zawiera trzy strony, a zgodnie ze wskazanym przepisem ustawy o notariacie [art. 110 ust.3] jego zdaniem czwartym „Wypis mający więcej niż jeden arkusz powinien być ponumerowany, połączony, parafowany i spojony pieczęcią”. Tych wymagań formalnych przedłożony nie spełnia. Izba również na marginesie zauważa, że wykonawca składający ofertę, a wraz z nią dokumenty, w tym potwierdzające podmiotowe wymagania, umożliwiające ubieganie się o zamówienie i w konsekwencji uzyskanie tego zamówienia, ponosi pełną odpowiedzialność za ich rzetelność. Z tej odpowiedzialności nie może zwolnić wykonawcy powoływany w toku rozprawy status notariusza, działającego w zakresie jego uprawnień, w świetle ustawy o notariacie, jako osoba zaufania publicznego.

Reasumując Izba stwierdza, że w okolicznościach faktycznych sprawy, Odwołujący w dacie 28.08.2015 r. jak również 2.09.2015 r. nie wykazał, że załączone do oferty zobowiązanie z datą 27.07. 2015 r. zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania

podmiotu, oddającego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp do dyspozycji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zakup usługi serwisu pogwarancyjnego, asysty technicznej i opieki powdrożeniowej systemu CSI” zasoby niezbędne do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Także w okolicznościach tej sprawy nie było uzasadnienia do zastosowania art. 26 ust.4 ustawy Pzp, albowiem – tak jak podnosił Zamawiający – zastosowanie tej procedury mogłoby dotyczyć wyjaśnienia prawidłowości udokumentowania umocowania dla osoby do podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. W tej sprawie pomimo wezwania dokonanego w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp wykonawca nie uzupełnił – w wymaganej specyfikacją formie - dokumentu pełnomocnictwa dla osoby podpisującej zobowiązanie, o udostępnieniu zasobów przez firmę ITC sp. z o.o. sp.K.A. W konsekwencji oznacza to, że Odwołujący nie wykazał potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia i tym samym decyzja Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp była zasadna.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....