

Sygn. akt: KIO 470/14

Sygn. akt: KIO 491/14

WYROK

z dnia 1 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 10 marca 2014 r. przez Odwołującego - Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (sygn. akt: KIO 470/14),

B. w dniu 14 marca 2014 r. przez Odwołującego - Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa (sygn. akt: KIO 491/14),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Komenda Główna Policji Biuro Finansów, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa

orzeka

a) w sprawie o sygn. akt KIO 470/14:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Komenda Główna Policji Biuro Finansów, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 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** –

Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Komenda Główna Policji Biuro Finansów, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa na rzecz **Odwołującego** – Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

b) w sprawie o sygn. akt KIO 491/14:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 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** - Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 470/14

Sygn. akt: KIO 491/14

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa, instalacja i wdrożenie Systemu Teleinformatycznego Biura SIRENE II generacji”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 listopada 2013 r. pod numerem 2013/S 226-393144.

Sygn. akt: KIO 470/14

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. art. 201 § 4 Kodeksu spółek handlowych, dalej „ksh”, poprzez nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego, mimo iż w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp posłużył się zasobami podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby, a w konsekwencji wykazał, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu;
- 2) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień, mimo iż Zamawiający miał taki obowiązek;
- 3) art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, mimo iż jego oferta nie podlega odrzuceniu;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 5) innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej (o ile zostanie przeprowadzona);
- 2) unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców biorących udział w postępowaniu z pominięciem Odwołującego;
- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 4) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania a w konsekwencji uznania złożonej przez Odwołującego oferty za odrzuconą;
- 5) ponownego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej z uwzględnieniem

Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający błędnie uznał, iż Odwołujący nie przedstawił na wezwanie wszystkich wymaganych dla podmiotu udostępniającego zasoby dokumentów. Odwołujący wyjaśnił, że B..... Ł..... nie jest członkiem zarządu podmiotu udostępniającego zasoby. Uchwałą wspólników z dnia 18 grudnia 2013 r. odwołany został z pełnienia funkcji członka zarządu, a w jego miejsce powołano K..... U..... i dla tej osoby załączona została aktualna informacja z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10 i 11 ustawy Pzp. Jak podkreślił Odwołujący, działanie takie było prawidłowe w świetle przepisów ksh, ponieważ z chwilą podjęcia uchwały nastąpiła zmiana w reprezentacji COMP S.A. - faktycznym członkiem zarządu stał się K..... U....., a przestał nim być B..... Ł..... .

Dalej Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 201 § 4 ksh członek zarządu jest powoływany i odwoływany uchwałą wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Powołanie członka zarządu nie zależy od jego wpisu do rejestru przedsiębiorców, pomimo że wpis ten jest obowiązkowy z mocy art. 39 pkt 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 769 ze zm.). Wpisy w rejestrze handlowym dotyczące ujawnienia imion i nazwisk członków zarządu oraz sposobu reprezentowania spółki mają charakter deklaratoryjny. Zmiana członków zarządu spółki następuje w drodze wyboru, niezależnie od tego, czy zostało to ujawnione poprzez wpis do rejestru, czy też nie. W ksh brak jest przepisu, który uzależniałby skuteczność wyboru nowego członka zarządu, czy też zmianę sposobu reprezentacji spółki od ujawnienia tego w rejestrze handlowym. Wpis obligatoryjny nie może być utożsamiany z wpisem konstytutywnym (wyrok SA w Katowicach z 15 kwietnia 1999 r., sygn. akt: I A CA 818/98, OSA 2001, Nr 1, poz. 2). Jak podaje Odwołujący, powyższe zostało również potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 30 maja 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 474/08, wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1143/12).

Odwołujący wskazał również, że wpis nazwiska osoby członka zarządu do Krajowego Rejestru Sądowego nie ma charakteru prawo kształtującego. Sam wpis nie decyduje o tym, czy dana osoba jest faktycznym członkiem zarządu (ewentualnie innych organów spółki).

Z momentem podjęcia uchwały z dnia 18 grudnia 2013 r. członkiem zarządu COMP S.A. stał się K..... U..... Nie było jakichkolwiek podstaw do składania informacji z KRK dla B..... Ł..... w sytuacji, gdy nie pełnił on już funkcji członka zarządu COMP S.A. (mimo, iż nadal funkcjonował w rejestrze jako jego członek). Zdaniem Odwołującego, należy uznać, że działanie polegające na złożeniu informacji z KRK dla K..... U..... potwierdza rzeczywisty skład zarządu podmiotu udostępniającego zasoby. Informacja z KRK dla tej osoby jest dokumentem prawidłowym i odpowiada warunkom dla

przedmiotowego dokumentu, określonym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., po z, 231), dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”.

W ocenie Odwołującego, nie może zatem budzić wątpliwości, że Odwołujący w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp posłużył się zasobami podmiotu trzeciego udostępniającego wiedzę i doświadczenie - COMP S.A., wykazał prawidłowe umocowanie dla osób reprezentujących COMP S.A., przedstawił wszystkie dokumenty wymagane w dokumentacji przetargowej dla podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby (w szczególności informację z KRK dla wszystkich członków zarządu COMP S.A.), a złożone dokumenty odpowiadają wymogom ww. rozporządzenia. Biorąc to pod uwagę, w ocenie Odwołującego wykazał on, że spełnia warunek udziału w postępowaniu postawiony w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 SIWZ. W konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz zaniechanie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 201 § 4 ksh oraz art. 91b ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że jeśli istniała jakakolwiek wątpliwość odnośnie złożonych dokumentów, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Instytucja wezwania do udzielenia wyjaśnień jest niezależna od wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem nie miało znaczenia, że Odwołujący przedstawił przedmiotowe dokumenty w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu może nastąpić po usunięciu wszelkich wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, takie zaś w niniejszej sprawie nie zostały wyeliminowane. Powyższe stanowisko, jak wskazuje Odwołujący, znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 10 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1017/08, KIO/UZP1038/08, KIO UZP 1039/08):

Zamawiający powinien zatem wezwać Odwołującego do udzielenia wyjaśnień odnośnie rozbieżności pomiędzy złożonym odpisem z KRS, z którego wynika, że członkiem zarządu jest B..... Ł....., a złożoną w tym zakresie informacją z KRK dla K..... U..... Zamawiający zaniechał obowiązku nałożonego na niego ustawą, a zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest uzasadniony.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale VII ust. 3 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że *„jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w*

odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Rozdziale VII ust. 3 SIWZ, z wyłączeniem dokumentu z pkt 3.8.” Wśród dokumentów wymienionych w rozdziale VII wymieniona jest m.in. aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp (pkt 3.5) oraz aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Odwołujący przedłożył wraz z ofertą Wykaz głównych dostaw. Jedno ze wskazanych zamówień zostało wykonane przez COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, na zasobach której polega Odwołujący. Do oferty nie zostały załączone m.in. dokumenty, o których mowa w rozdziale VII ust. 3 SIWZ.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów (wezwanie z dnia 7 lutego 2014 r.).

W odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 11 lutego 2014 r.) Odwołujący przedstawił uzupełniony Wykaz głównych dostaw, który również obejmował zamówienia wykonane przez COMP S.A. Nadto, przedłożył informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla COMP S.A., z której wynika, że w skład zarządu wchodzi: J..... P....., A..... W....., K..... M....., A..... W....., B..... Ł..... Zaś, przedłożone informacje z KRK dotyczyły ww. osób, z wyłączeniem B..... Ł....., przedstawiono natomiast informację odnoszącą się do K..... U..... .

Pismem z dnia 5 marca 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że *„Wykonawca nie uzupełnił wszystkich dokumentów wymienionych w Rozdziale VII ust. 3 SIWZ (z wyłączeniem dokumentu z pkt 3.8) wystawionych dla firmy Comp S.A. Wykonawca nie złożył aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy dla członka zarządu figurującego w złożonym odpisie KRS tj. p. Bogusława Łatki. W tej sytuacji nie zostały spełnione warunki pozwalające Wykonawcy na posłużenie się zasobami firmy Comp S.A.”*

Pismem z dnia 11 marca 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców, *„że w związku z wniesieniem odwołania przez jednego z Wykonawców aukcja elektroniczna zaplanowana na 17 marca 2014 r. zostaje odwołana. O kolejnym terminie aukcji Zamawiający poinformuje po rozpoznaniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą.”* Nadto, pismem z dnia 14 marca 2014 r. Zamawiający powiadomił wykonawców, *„że w związku z zaistnieniem nowych okoliczności, które mogą mieć wpływ na ocenę oferty Wykonawcy zaproszonego do aukcji Zamawiający unieważnił czynność zaproszenia do*

aukcji elektronicznej.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że jeśli przy ocenie przedmiotowych oświadczeń lub dokumentów pojawią się jakiegokolwiek wątpliwości, zamawiający winien je wyjaśnić. Tym samym konsekwencje powstania rzeczonych wątpliwości nie powinny obciążać wykonawcy, ale powinny być usunięte w toku wyjaśnień tak, aby podstawą podjęcia przez zamawiającego decyzji w przedmiocie wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty były okoliczności niewątpliwe.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu temu obowiązkowi nie sprostał. Zamawiający co prawda dostrzegł, że wśród informacji z KRK przedłożonych w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i pkt 10-11 ustawy Pzp nie znalazła się informacja dotycząca B..... Ł....., który jak wynika z informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pełni funkcję członka zarządu, ale jednocześnie pominął, że przedmiotową informację z KRK przedłożono również dla K..... U..... . Tym samym Zamawiający powinien był ustalić, że skład zarządu ujawniony w rejestrze przedsiębiorców jest inny niż na to wskazują informacje z KRK, które winny dotyczyć członków urzędującego organu zarządzającego. W tych okolicznościach, w ocenie Izby, Zamawiający nie mógł poprzestać na konstatacji, że wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie uzupełnił żądanego dokumentu dotyczącego Bogusława Łatki, ale winien wyjaśnić rysującą się rozbieżność.

Potrzeba wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości tym bardziej znajduje uzasadnienie, że wszystkie wpisy dokonywane w dziale 2 rejestru przedsiębiorców mają charakter wyłącznie deklaratoryjny, a powołania i odwołania osób wymienionych w art. 39 ustawy o KRS do pełnienia funkcji w organach podmiotów wpisanych do tego rejestru oraz udzielenie im umocowania do reprezentacji tych podmiotów są skuteczne z chwilą podjęcia tych czynności. Brak wykreślenia danej osoby z działu 2 rejestru przedsiębiorców jako uprawnionej do reprezentacji podmiotu wpisanego do rejestru nie oznacza zatem w żadnym wypadku, że jest ona nadal umocowana do reprezentacji tego podmiotu i dokonując czynności prawnych z osobami trzecimi, działa w imieniu tego podmiotu, a jedynie powoduje, że w stosunkach z osobami trzecimi, które działając w zaufaniu do treści wpisu w rejestrze, dokonywały z taką osobą czynności prawnych w przekonaniu, że reprezentuje ona przy tych czynnościach podmiot wpisany do rejestru, podmiot ten nie może powołać się na to, że nie

był właściwie reprezentowany, co prowadzi do powstania swego rodzaju fikcji właściwej reprezentacji podmiotu wpisanego w rejestrze.

Z mocy przepisu art. 39 pkt 1 ustawy o KRS fakt powołania, jak i odwołania członka zarządu winien być odzwierciedlony w rejestrze przedsiębiorców. Jednakże nie można pomijać, że *"prawidłowo podjęta uchwała o odwołaniu członka zarządu i powołanie w jego miejsce innej osoby staje się skuteczna niezależnie od tego, czy zmiana taka zostanie ujawniona w rejestrze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Innymi słowy mówiąc wpis (lub jego brak) do rejestru handlowego danych członków zarządu nie tworzy nowego stanu prawnego. Potwierdza on tylko fakt, że dane osoby są zarządcami. W odniesieniu do powołania i odwołania członków zarządu decydujące znaczenia ma ważnie powzięta uchwała o ich powołaniu (odwołaniu)"* – wyrok NSA w Katowicach w wyroku z dnia 9 września 2002 r., I SA/Ka 1259/01, POP 2004, nr 1, poz. 5.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający winien wyjaśnić kwestię braku informacji z KRK dotyczącej B..... Ł....., skoro z treści informacji odnoszącej się do K..... U..... można było powziąć wiedzę, że jest on urzędującym członkiem organu zarządzającego osoby prawnej, choć nieujawnionym w rejestrze przedsiębiorców. Zaniechanie w tym zakresie należy ocenić jako naruszenie normy zawartej w przepisie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie biorąc pod uwagę, że Odwołujący w toku rozprawy wykazał, że mocą uchwały nr 2/12/2013 Rady Nadzorczej Comp S.A. z dnia 18 grudnia 2013 r. odwołano B..... Ł..... z funkcji członka zarządu oraz ze składu zarządu, a na podstawie uchwały nr 3/12/2013 Rady Nadzorczej Comp S.A. z dnia 18 grudnia 2013 r. powołano w skład zarządu spółki K..... U..... i powierzono mu funkcję członka zarządu, które to zmiany zostały objęte postanowieniem Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 9 stycznia 2014 r., Izba na zasadzie przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, nie nakazała Zamawiającemu przeprowadzenia wyjaśnień w tym przedmiocie. Nie nakazano Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia aktualnego odpisu z KRS dla Comp S.A. mając na uwadze okoliczność, że przedmiotowy dokument był żądany w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz fakt, że spełniał wymagania co do jego aktualności w odniesieniu do daty jego wydania.

Zaniechanie wyjaśnienia spornych okoliczności spowodowało, że Zamawiający w sposób wadliwy ustalił, że nie zostały spełnione warunki pozwalające Odwołującemu na posłużenie się zasobami podmiotu trzeciego, a tym samym doszło do naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z art. 368 § 4 ksh (a nie jak podaje Odwołujący art. 210 § 4 ksh, który dotyczy sp. z o.o.), a w konsekwencji przepisu art. 91b ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 491/14

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. nieprzedstawienie przez Odwołującego dokumentów, których przedstawienia Zamawiający nie może żądać od Odwołującego;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż Odwołujący wykazał dysponowanie zasobami w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnymi do realizacji zamówienia, udostępnionymi przez podmiot trzeci;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt. 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 15 ustawy o KRS i art. 95 § 1 k.c. poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na uznanie, iż pełnomocnictwo dla osoby podpisującej oświadczenie Passus Sp. z o.o. z dnia 21 stycznia 2014 r. nie obejmuje swoim zakresem uprawnienia do złożenia powyższego oświadczenia, niezastosowanie art. 15 ustawy o KRS skutkujące nieprzyjęciem ustaleń co do personaliów rejestrowych.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia pozostałych wykonawców do aukcji elektronicznej mającej miejsce przed datą wydania wyroku w niniejszym postępowaniu odwoławczym - o ile takie zaproszenie będzie miało miejsce;
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania;
- 5) przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tamże wskazane.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż skoro Zamawiający ustalił jednoznacznie fakt niewykazania przez Odwołującego dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnionymi Odwołującemu przez Comtegra Sp. z o.o., a jednocześnie takich ustaleń nie uczynił w odniesieniu do zasobów udostępnianych przez Passus Sp. z o.o., to powyższe oznacza, iż Zamawiający dokonał merytorycznej oceny dokumentów dotyczących zasobów udostępnianych Odwołującemu w zakresie zasobów udostępnianych przez Passus Sp. z o.o. i nie doszukał się w wyjaśnieniach Odwołującego dotyczących Passus Sp. z o.o. wad analogicznych do wad, jakie Zamawiający wskazał w odniesieniu do zasobów Comtegra Sp. z o.o. Zatem wyłącznie kwestie formalne stanowiły podstawę dla zakwestionowania przez Zamawiającego spełnienia przez Odwołującego warunków podmiotowych w zakresie zasobów udostępnionych przez Passus Sp. z o.o., natomiast nie była podstawą zaskarżonej czynności negatywna ocena merytoryczna złożonych przez Odwołującego dokumentów.

Dalej Odwołujący podniósł, że w katalogu dokumentów, określonych w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231), a przedkładanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie dotyczącym podmiotu udostępniającego zasoby, nie ma takich dokumentów jak odpis z KRS czy pełnomocnictwo. W ocenie Odwołującego, nie można zatem żądać odpisu z właściwego rejestru podmiotu udostępniającego czy też pełnomocnictwa dla osoby podpisującej oświadczenie o udostępnieniu zasobów (z których ma wynikać uprawnienie do reprezentacji udostępniającego).

Zdaniem Odwołującego, nawet przy założeniu, że zamawiający może żądać takich dokumentów na innej podstawie, nie można jednak uznać, że są to dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ich niezłożenie nie może być zatem kwalifikowane jako niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i podstawa do wykluczenia z postępowania. Podobne stanowisko, jak podaje Odwołujący, zajęła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 25 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1359/13.

Odwołujący podkreślił, że w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp posłużenie się przez Odwołującego „*pisemnym zobowiązaniem tych podmiotów*” stanowi jedną z dopuszczalnych, aczkolwiek preferowanych przez ustawę form udowodnienia możliwości dysponowania konkretnym zasobem. Odwołujący podnosi, iż literalne określenie dokumentu podpisanego przez podmiot trzeci w przedmiocie udostępnienia zasobów na rzecz wykonawcy jako „*pisemne zobowiązanie tych podmiotów*” nie stanowi w istocie zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym. Z punktu widzenia Zamawiającego,

przedmiotowe oświadczenie nie powoduje przyznania Zamawiającemu jakichkolwiek roszczeń w stosunku do podmiotu składającego oświadczenie. Natomiast z punktu widzenia wykonawcy podstawą udostępnienia zasobów jest odrębna relacja prawna wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, w stosunku do którego przedmiotowe oświadczenie ma charakter akcesoryjny. Świadczy o tym regulacja art. 26 ust. 2b zdanie 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazuje się na stosunki prawne pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby, które z natury rzeczy są podstawą dysponowania odpowiednimi zasobami oraz zdanie drugie ww. przepisu wskazujące na odrębny byt w postaci oświadczenia będącego w istocie oświadczeniem wiedzy podmiotu udostępniającego zasoby odnoszące się do treści podstawowego stosunku prawnego pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby. Podstawowym stosunkiem prawnym pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby może być umowa podwykonawcza, gdzie oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby odnosi się do warunków takiej umowy, umowa dzierżawy przedsiębiorstwa podmiotu udostępniającego, gdzie oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza zawarcie takiej umowy, umowa „wynajęcia personelu” podmiotu udostępniającego, gdzie oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza zawarcie takiej umowy.

W każdym z takich przypadków oświadczenie podmiotu udostępniającego nie stanowi samodzielnej podstawy udostępniania zasobów. Rolą zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest w istocie rzeczy zapewnienie Zamawiającemu możliwości weryfikacji informacji przedstawianych przez wykonawcę w zakresie dysponowania udostępnionymi zasobami. Oświadczenie to jest natomiast o tyle ważne i miarodajne dla Zamawiającego, gdyż złożenie przez podmiot udostępniający nieprawdziwego oświadczenia jest przestępstwem ściganym z art. 305 k.k.

Nie ma przeszkód, jak podaje Odwołujący, aby wykonawca zamiast przedmiotowego zobowiązania przedłożył umowę tworzącą pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym podstawowy stosunek prawny, na jakim oparto uprawnienie wykonawcy do dysponowania zasobami podmiotu udostępniającego. Jednak taka umowa będzie innym dowodem możliwym do zastosowania przez wykonawcę, o jakim mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Odwołujący przywołuje w tym przedmiocie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2013 r., sygn. akt: KIO 2030/13:

Dalej Odwołujący powołuje się na treść opinii zamieszczonej na stronach Urzędu Zamówień Publicznych pt. *„Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego”* i powołane tam orzecznictwo TS UE potwierdzające, że oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby ma na cel dowodowy a nie zobowiązaniowy. Powołuje się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO

1439/13 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2013 r., sygn. akt: KIO 2030/13.

Podsumowując Odwołujący podkreślił, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego doświadczenie wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest oświadczeniem wiedzy, podobnie jak referencje. Tym samym znajduje tu zastosowanie, zdaniem Odwołującego, stanowisko wyrażone m.in. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2108/10 oraz z dnia 13 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1127/11, zgodnie z którym: *„Obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych nie zawierają żadnych unormowań dotyczących obowiązku czy prawa zamawiającego do weryfikowania prawnego umocowania osób podpisujących referencje.”* Tym samym, jak stwierdza Odwołujący, nie był obowiązany do wykazania umocowania osoby podpisującej oświadczenie z dnia 21 stycznia 2014 do reprezentacji Passus Sp. z o.o.

Nadto, Odwołujący podniósł, że skutkiem regulacji art. 15 o KRS jest niemożność powoływania się Zamawiającego na nieznaną sobie danych dotyczących rejestrowych reprezentantów Passus Sp. z o.o., w szczególności w świetle dostępności informacji z KRS na stronie www.ws.gov.pl. Powołuje się w tym przedmiocie na postanowienie NSA w Warszawie z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt: I OSK 677/12.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią pełnomocnictwa z dnia 2 stycznia 2014 r., udzielonego przez Passus Sp. z o.o. E..... M....., zawiera ono umocowanie pełnomocnika (pkt 3 pełnomocnictwa) do wszelkich oświadczeń woli i wiedzy w związku z postępowaniem. Powyższe pełnomocnictwo nie odnosi się do żadnego konkretnego postępowania ani nie ogranicza do postępowań, w których Passus bierze udział w charakterze wykonawcy (odmiennie pkt 6).

Powyższa argumentacja nie narusza stanowiska odwołującego, iż zgodnie art. 95 § 1 k.c. do złożenia oświadczenia wiedzy nie jest możliwe udzielenie pełnomocnictwa. Tym samym nie sposób uznać, iż Odwołujący może zostać skutecznie wykluczony z postępowania z uwagi na nieprzedstawienie dokumentu, którego wystawienie stanowiłoby nieważną czynność prawną.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale VII ust. 2 SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie: *„Wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego musi złożyć wraz z ofertą pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego (w formie oryginału) do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz dowody, że osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. Pełnomocnictwo należy składać w formie oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem.”*

Odwołujący składając ofertę nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W związku z powyższym, pismem z dnia 29 stycznia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia rzeczonych dokumentów, wskazując jednocześnie na obowiązek wyartykułowany w rozdziale VII ust. 2 SIWZ.

W odpowiedzi (pismo z dnia 3 lutego 2014 r.) Odwołujący przedłożył wykaz głównych dostaw, dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów oraz jedno pełnomocnictwo. Wykonawca oświadczył w Formularzu ofertowym, że polega na zasobach podmiotów trzecich w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, które nie będą brały udziału w realizacji zamówienia, tj. Passus sp. z o.o. oraz Comtegra sp. z o.o.

Zamawiający dokonując oceny przedłożonych dokumentów stwierdził, że *„Wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających, że osoby podpisujące zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów były uprawnione do działania w imieniu podmiotu trzeciego. Wykonawca przedstawił tylko jedno pełnomocnictwo dotyczące firmy Passus, ale nie załączył odpowiedniego dokumentu rejestrowego. Jednocześnie w ocenie Zamawiającego przedstawione pełnomocnictwo nie obejmuje czynności udostępnienia zasobów innym Wykonawcom. Ponadto ze złożonych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego – Comtegra Sp. z o.o. nie wynikają informacje opisane (...) w pkt. 1) - 4), co uniemożliwia Zamawiającemu ocenę, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. W związku z powyższym oraz mając na uwadze art. 22 ust. 5 ustawy Pzp zgodnie z którym warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia Zamawiający wyklucza Wykonawcę z postępowania, ponieważ nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia”* (pismo z dnia 5 marca 2014 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Odwołujący pomija, iż Zamawiający wprost wyartykułował w treści SIWZ, jakie dokumenty należy przedstawić, w sytuacji, w której wykonawca w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego (rozdział VII ust. 2 SIWZ). Analiza treści SIWZ wskazuje, że Zamawiający realność udostępnienia potencjału innego podmiotu wiąże nie tylko z zakresem przedmiotowym zobowiązania, ale również, co nie powinno budzić wątpliwości, z podmiotem

tegoż zobowiązania. Nie sposób sobie bowiem wyobrazić, aby weryfikacja zobowiązania następowała jedynie na podstawie jego przedmiotu, w oderwaniu od podmiotu, który tego zobowiązania udziela i skuteczności złożenia oświadczenia woli w tym przedmiocie. Izba stoi na stanowisku, że skoro intencja Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości została w tym aspekcie ujawniona w SIWZ, nie będąc jednocześnie kwestionowaną przez żadnego z wykonawców, zarówno na etapie formułowania postanowień SIWZ, jak i wezwania do uzupełnienia dokumentów, to za nieuprawnione należy uznać w toku postępowania odwoławczego żądanie pominięcia rzeczonych postanowień SIWZ na potrzeby prowadzonej oceny ofert.

Odwołujący miał obowiązek wykazania, w świetle postanowień SIWZ i przedmiotowego wezwania do przedłożenia dowodów, że osoba podpisująca zobowiązanie jest uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. Zamawiający jednocześnie wyraźnie zastrzegł, że zobowiązanie wraz z wymaganymi dokumentami będzie stanowiło podstawę do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Umocowanie do działania w imieniu podmiotu trzeciego może wprost wynikać z KRS (piastun), ale jego podstawę stanowić może również pełnomocnictwo. Niezależnie jednak od źródła umocowania, w świetle postanowień SIWZ nie budzi wątpliwości, że rolą wykonawcy było przedstawienie ciągu dokumentów, z których rzeczono umocowanie wynika. W konsekwencji zaniechanie spełnienia przedmiotowych obowiązków winno skutkować, jak prawidłowo uznał Zamawiający, wykluczeniem Wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji *ex lege* uznaniem oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Odwołujący przedstawiając argumentację dla poparcia swoich twierdzeń skupia swoją uwagę na regulacji przepisu art. 25 ust. 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 i 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, nie dostrzegając jednocześnie, że Zamawiający w SIWZ określił katalog dokumentów, jakie należy przedłożyć i żądanie to, wobec braku skutecznego zakwestionowania, należy uznać za wiążące. W ocenie Izby, z pewnością nie zasługuje na aprobatę żądanie Odwołującego, który nie czyniąc zadość wymaganiom Zamawiającego domaga się pozytywnej oceny swoich działań. Takie postępowanie wprost godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Izby, nie do zaakceptowania jest stanowisko Odwołującego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów niezależnie od źródła powstania tego zobowiązania należy kwalifikować jako oświadczenie wiedzy. Nie sposób przyjąć, że udostępnienie potencjału wymaga jedynie wiedzy udostępniającego, a wola nie jest niezbędna. Wniosek taki, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie płynie z powołanego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, jak i Izby.

Czymś zgoła odmiennym jest powołanie się na źródło stosunku zobowiązaniowego i złożenie oświadczenia w tym przedmiocie. Abstrahując jednak od oceny poprawności takiego działania w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stwierdzić należy, iż złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenie w imieniu Passus Sp. z o.o. (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) jest klasycznym przykładem oświadczenia woli. Stanowi bowiem zewnętrzny przejaw wewnętrznej decyzji (czyli powzięcia woli) wywołania określonych skutków prawnych (art. 60 k.c.). Z tych przyczyn stanowisko Odwołującego, iż brak podstaw do żądania wykazania umocowania osoby składającej oświadczenie wiedzy należy uznać za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W tym miejscu należy zauważyć, że stanowisko Odwołującego jest niekonsekwentne i w istocie argumentacja przedstawiona w odwołaniu stanowi element taktyki procesowej nakierowanej na uzyskanie przez Odwołującego pożądanego skutku. Gdyby bowiem było tak, jak twierdzi Odwołujący, że oświadczenie w przedmiocie udostępnienia zasobów stanowi oświadczenie wiedzy, Odwołujący z pewnością nie przedstawiłby pełnomocnictwa do działania w imieniu Passus Sp. z o.o. przez osobę składającą oświadczenie w tym zakresie. Przedłożenie zaś rzeczonoego pełnomocnictwa wskazuje, że sam Odwołujący sporne oświadczenie z dnia 21 stycznia 2014 r. kwalifikował jako oświadczenie woli.

Nie sposób przychylić się również do twierdzeń Odwołującego, że ustalenie kręgu osób umocowanych do działania w imieniu wykonawcy obciąża Zamawiającego. W ocenie Izby, z zasady jawności wpisów w KRS (art. 15 ustawy o KRS) nie można wywodzić dla Zamawiającego obowiązków, które wprost w treści SIWZ zostały zastrzeżone dla wykonawców, a nadto nie dają się pogodzić z zasadami prowadzenia postępowania, w tym z zasadą pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp).

Jeśli idzie zaś o pełnomocnictwo udzielone E..... M..... do działania w imieniu Passus Sp. z o.o. to w ocenie Izby, zakres przedmiotowego pełnomocnictwa, wbrew stanowisku Zamawiającego, pozwalał na składanie oświadczeń w zakresie udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego. Zważywszy na zastrzeżenie przedmiotowego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazać jedynie należy, iż w zakresie pkt 3. przedmiotowego pełnomocnictwa mieści się uprawnienie do działania w spornym zakresie.

Reasumując stwierdzić należy, iż wyartykułowany przez Zamawiającego w SIWZ obowiązek wykazania umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego, który udostępnia zasoby wykonawcy, celem dokonania oceny w zakresie skuteczności złożenia oświadczenia woli w tym przedmiocie, a w konsekwencji spełniania warunków udziału w postępowaniu należy uznać za wiążący wykonawców i tym samym stanowiący wzorzec do oceny w tym przedmiocie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od każdego z odwołań w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł (w sprawie o sygn. akt: KIO 470/14).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....