

Sygn. akt: KIO 2754/11

**WYROK**  
**z dnia 4 stycznia 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **St. Jude Medical sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu**

przy udziale wykonawcy **Medtronic Poland sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 2, 3, 7 przedmiotu zamówienia, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 13 przedmiotu zamówienia, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego w częściach 2, 3, 7, 13 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w częściach 2, 3, 7, 13, w tym wezwanie odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **St. Jude Medical sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu** na rzecz **St. Jude Medical sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Zamościu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest dostawa stymulatorów resynchronizujących i defibrylatorów wraz z elektrodami i osprzętem dla Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 2 sierpnia 2011 r. nr 2011/S 146-242710.

Pismem z dnia 14 grudnia 2011 r., przekazanym w tym samym dniu, zamawiający zawiadomił wykonawcę St. Jude Medical sp. z o.o. w Warszawie zwanego dalej „odwołującym” o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu a także o wyborze w części 2, 3, 7 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Medtronic Poland sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”. Tym samym pismem zamawiający powiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania w części 13 zamówienia.

Wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do złożenia pełnomocnictwa uprawniającego pana Piotra J. do działania w imieniu odwołującego w toku przetargów na udzielenie zamówień publicznych;
  - 2) czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
  - 3) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
  - 4) czynności zamawiającego polegających na wyborze innych ofert, niż oferta złożona przez odwołującego w zadaniach o nr 2, 3 oraz 7;
  - 5) czynności unieważnienia postępowania w zadaniu nr 13
- odwołujący wniósł w dniu 23 grudnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił wskazanym czynnościom i zaniechaniom zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia pełnomocnictwa uprawniającego pana Piotra J. do działania w imieniu odwołującego w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia

- 3) pomimo, iż odwołujący, działając przez swojego pełnomocnika Piotra J., złożyło w terminie oświadczenie o zgodzie na przedłużenie okresu związania ofertą;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie w konsekwencji błędnego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, prowadzące do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pomimo braku przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie w konsekwencji błędnego zastosowania art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, prowadzące do wyboru w zadaniach nr 2, 3 oraz 7 ofert mniej korzystnych niż oferty odwołującego, która to oferta została przez zamawiającego bezzasadnie odrzucona;
- 5) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie w konsekwencji błędnego zastosowania art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, prowadzące do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 13, pomimo braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przywołał treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w oparciu o który wywodził, że jeżeli osoba występująca w imieniu wykonawcy nie złożyła pełnomocnictwa upoważniającego ją do reprezentowania tego wykonawcy, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia takiego pełnomocnictwa w wyznaczonym terminie. Dopiero bezskuteczny upływ wyznaczonego terminu może powodować jakiegokolwiek negatywne konsekwencje wynikające z niezłożenia pełnomocnictwa. Wskazywał, że przepis ten znajduje zastosowanie do całego postępowania o udzielenie zamówienia i nie ma przy tym znaczenia, czy brak w zakresie pełnomocnictwa występuje przy pierwszej, czy kolejnej czynności podejmowanej przez wykonawcę w tym postępowaniu. Celem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest „ratowanie postępowań”, w których wykonawca nie złożył pewnych dokumentów albo wprawdzie złożył je, ale są one obciążone błędami. Chodzi zatem o zapobieżenie eliminowaniu wykonawców, którzy złożyli korzystne oferty, a przy tym braki lub błędy w dokumentacji tych podmiotów możliwe są do usunięcia w krótkim czasie.

Odwołujący argumentował ponadto, że w niniejszej sprawie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w dniu 31 października 2011 r. przesłał do zamawiającego pisemne oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, podpisane przez Piotra J. działającego w imieniu odwołującego. Do pisma nie zostało dołączone pełnomocnictwo, z którego wynikało upoważnienie do działania Piotra J. w imieniu odwołującego. Jednakże, w ocenie odwołującego, zamawiający w takiej sytuacji nie powinien wykluczyć odwołującego z udziału w postępowaniu, bez uprzedniego wezwania go do

złożenia w wyznaczonym terminie pełnomocnictwa dla Piotra J. W niniejszym postępowaniu nie zachodził przypadek konieczności odrzucenia oferty ani unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 26 ust. 3 zd. 1 in fine. W konsekwencji zamawiający bezzasadnie uznał, że odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co doprowadziło do jej odrzucenia. W niniejszej sprawie zamawiający doprowadził do nieuzasadnionego wyeliminowania jednego z wykonawców, mimo, iż brak w zakresie niezłożenia pełnomocnictwa mógł zostać przez tego wykonawcę usunięty. Wskazywał, że pełnomocnictwo dla Piotra J. zostało wystawione w dniu 24 sierpnia 2011 r. przez prokurenta odwołującego. Obejmowało ono upoważnienie do reprezentowania odwołującego i działania w imieniu tej spółki we wszystkich sprawach dotyczących zamówień publicznych. W momencie składania przez Piotra J. w imieniu odwołującego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, pełnomocnictwo z dnia 24 sierpnia 2011 r. było ważne i nie zostało odwołane. Piotr J. składając to oświadczenie, działał w granicach udzielonego mu umocowania, pomimo tego, że zamawiającemu nie zostało przedstawione pełnomocnictwo. Na dowód powyższego załączył do odwołania ww. pełnomocnictwo. Podnosił, że Piotr J. posługiwał się pełnomocnictwem z dnia 24 sierpnia 2011 r. w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Pzp, w tym w szczególności w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie. Na podstawie tego pełnomocnictwa, Piotr J., działając w imieniu odwołującego, składał poszczególne pisma w tym postępowaniu, zaś w dniu 4 października 2011 r. zawarł umowę, której przedmiotem jest zakup sprzętu medycznego przez ten szpital. Na dowód powyższego odwołujący załączył do odwołania ww. umowę z 4.11.2011 r. i pismo z 19.09.2011 r.

Reasumując odwołujący podnosił, że dokonane przez zamawiającego naruszenie ustawy skutkujące wykluczeniem odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniem jego oferty miało istotny wpływ na wynik postępowania. W przypadku zadania nr 13 nieodrzućenie oferty odwołującego skutkowałoby wybraniem tej właśnie oferty (wobec odrzucenia oferty złożonej przez drugiego z wykonawców ubiegających się o uzyskanie tego zamówienia). Jest także bardzo prawdopodobne, iż w przypadku nieodrzućenia oferty odwołującego, jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w zadaniach nr 2, 3 oraz 7, na dowód czego przedstawił symulację punktacji ofert w ww. częściach.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru ofert w zadaniach nr 2, 3 oraz 7;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 13;

- 3) dokonania czynności wezwania odwołującego do złożenia pełnomocnictwa upoważniającego Piotra J. do reprezentowania odwołującego wobec zamawiających w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych;
- 4) powtórzenia czynności wyboru ofert w ramach zadań nr 2, 3, 7 oraz 13 z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 28 października 2011 r. skierowane do odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą, pismo odwołującego z dnia 31 października 2011 r. dotyczące przedłużeniu terminu związania ofertą, zawiadomienie zamawiającego z 14 grudnia 2011 r. o rozstrzygnięciu postępowania, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo procesowe przystępującego z 3 stycznia 2012 r., pismo procesowe odwołującego z 4 stycznia 2012r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia postępowania, wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy którego oferta na podstawie kryteriów oceny ofert może zostać wybrana jako najkorzystniejsza i w konsekwencji wybór innych, mniej korzystnych ofert (unieważnienie w jednej z części postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego może okazać się ofertą korzystniejszą od ofert wybranych (a w unieważnionej części jedyną niepodlegającą odrzuceniu), ustalenie iż zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (uchylenia czynności unieważnienia postępowania) i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w SIWZ wyznaczył termin składania ofert na dzień 8 września 2011 r. Zaznaczył, że wykonawca pozostanie związany ofertą przez 60 dni, zaś bieg terminu związania ofertą rozpocznie się wraz z upływem terminu składania ofert. Odwołujący złożył ofertę do której załączono pełnomocnictwo dla Pana Marcina W. do reprezentowania odwołującego we wszystkich sprawach dotyczących zamówień publicznych. Do oferty załączono również odpis z KRS odwołującego, w którym ujawniono jako członków zarządu: John Heinmiller i Pamela Sue Krop, zaś jako prokurentów: Jorg Barwolff i Jurgen Bernhard. W formularzu ofertowym odwołujący złożył oświadczenie, iż uważa się za związanego ofertą na czas wskazany w SIWZ. Wadium w wymaganej wysokości zostało wniesione w formie pieniężnej.

Pismem z dnia 28 października 2011 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. Pismem z dnia 31 października 2011 r. Pan Piotr J., działający w imieniu odwołującego, wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium o dodatkowe 60 dni. Do oświadczenia nie załączono pełnomocnictwa dla Pana Piotra J. do składania oświadczeń woli w imieniu odwołującego. Zamawiający pismem z dnia 14 grudnia 2011 r. wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp uznając, iż zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie została podpisana przez osobę uprawnioną do reprezentowania odwołującego.

Oceniając ustalony w sprawie stan faktyczny Izba stwierdziła, że niewątpliwie odwołujący nie załączył pełnomocnictwa dla osoby, która w jego imieniu złożyła oświadczenie o przedłużeniu terminu związania oferta. Pan Piotr J. nie został ujawniony w KRS jako osoba uprawniona do składania oświadczeń woli w imieniu odwołującego, do oferty nie załączono również stosownego pełnomocnictwa dla ww. osoby. Jednakże ocena zaistniałego stanu faktycznego dokonana przez zamawiającego również okazała się nieprawidłowa. W świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.* Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie

„wzywa”, a nie „może wezwać” i obliuguje zamawiającego do wezwania wykonawcy celem uzupełnienia pełnomocnictw w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie, tj. w sytuacji niezłożenia pełnomocnictwa lub złożenia pełnomocnictwa wadliwego. Okolicznościami w których zamawiający uprawniony jest do zaniechania stosownego wezwania jest konieczność odrzucenia oferty wykonawcy lub unieważnienia postępowania. Nie było sporne pomiędzy Stronami, że żadna z ww. okoliczności nie wystąpiła. Z przywoływanego przepisu wynika, że jeżeli osoba występująca w imieniu wykonawcy nie złożyła pełnomocnictwa upoważniającego ją do reprezentowania tego wykonawcy, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia takiego pełnomocnictwa w określonym terminie. Dopiero bezskuteczny upływ wyznaczonego terminu może powodować jakiegokolwiek negatywne konsekwencje wynikające z niezłożenia pełnomocnictwa. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest jasne. Postępowanie uzupełniające ma zapobiegać eliminowaniu z postępowania wykonawców, którzy popełnili drobne błędy i konieczności wyboru w takich sytuacjach mniej korzystnych ofert. Jednym z błędów który podlega uzupełnieniu w tym trybie jest niezłożenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego. Argumentacja zamawiającego, że nie zachodził stan „niezłożenia pełnomocnictwa” nie była trafna. Zgodzić się należy z odwołującym, że omawiany przepis znajduje zastosowanie do całego postępowania o udzielenie zamówienia i nie ma przy tym znaczenia, czy brak w zakresie pełnomocnictwa występuje przy pierwszej, czy kolejnej czynności podejmowanej przez wykonawcę w postępowaniu. A zatem okoliczność, iż wraz z ofertą zostało złożone pełnomocnictwo dla Pana Marcina W. do reprezentowania odwołującego była bez znaczenia. Ponadto stanowisko zamawiającego w omawianym zakresie było sprzeczne. Na rozprawie stwierdził bowiem, że nawet gdyby oferta została podpisana przez zarząd i nie zawierała pełnomocnictwa, to w sytuacji złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą przez osobę nieujawnioną w KRS zamawiający również uznałby, że dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie została wypełniona. A zatem to nie fakt złożenia pełnomocnictwa dla Pana W. wraz z ofertą powstrzymał zamawiającego od wykonania dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz przekonanie, że przepis ten stosuje się wyłącznie przy pierwszej czynności dokonywanej przez wykonawcę w postępowaniu, tj. przy złożeniu oferty. W ocenie Izby stanowisko to było nieuprawnione. Zamawiający miał obowiązek zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem stan „niezłożenia pełnomocnictwa”, o którym mowa w tym przepisie zaktualizował się w dniu 31.10.2011 r., tj. w dniu, w którym do zamawiającego dotarło oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą podpisane w imieniu odwołującego przez Pana Piotra J.. Zgodzić się należy ze stanowiskiem przystępującego wyrażonym w piśmie procesowym z 3 stycznia 2012 r., że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako wyjątek od zasady składania wszystkich wymaganych w SIWZ dokumentów już wraz z ofertą należy interpretować ściśle. Tym niemniej wykładnia



językowa tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że znajduje on zastosowanie w sytuacji niezłożenia pełnomocnictwa lub złożenia pełnomocnictwa wadliwego i dyspozycja tego przepisu nie ogranicza się w żaden sposób jedynie do pierwszej czynności podjętej przez wykonawcę w postępowaniu. Interpretacja przepisu jakiej dokonał przystępujący byłaby wykładnią wbrew literze tego przepisu.

Ponadto należy wziąć pod uwagę charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp na podstawie którego odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu. Podobnie jak inne przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania niewątpliwie ma charakter sankcyjny, albowiem powoduje definitywną eliminację oferenta z postępowania. Przesłanki wykluczenia wykonawcy również muszą być interpretowane ściśle. Powyższe oznacza, że wykluczenia wykonawców można dokonać wyłącznie wtedy, gdy przesłanka sankcyjna zaktualizuje się w sposób niebudzący wątpliwości. Tymczasem na podstawie złożonego zamawiającemu w dniu 31 października 2011 r. oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie można było ustalić w sposób niebudzący wątpliwości, że Pan Piotr J. był osobą nieuprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy. Dostrzeżenia wymagało, że oświadczenie składała osoba, która już wcześniej w postępowaniu występowała w imieniu odwołującego, albowiem w dniu 9 września 2011 r. zwracała się do zamawiającego o przesłanie informacji z otwarcia ofert. Ponadto, w treści pisma z 31 października 2011 r. w sposób wyraźny wskazano, iż Piotr J. składa oświadczenie w imieniu wykonawcy. Wreszcie pismo opatrzone pieczęcią i nagłówkiem wykonawcy. Okoliczności te powinny co najmniej wzbudzić wątpliwości zamawiającego, czy rzeczywiście Pan Piotr J. nie posiada stosownego pełnomocnictwa, którego jedynie do pisma nie załączył. Czym innym jest bowiem stan umocowania osoby jako pełnomocnika, a czym innym jest wykazanie tego umocowania stosownym dokumentem. Oczywistym jest, że zamawiający który na podstawie dokumentów mu dostępnych nie mógł ustalić faktu umocowania Pana J. nie mógł poprzestać na bezkrytycznym przyjęciu złożonego mu dokumentu. Jednakże w zaistniałej sytuacji powstała wątpliwość powinien wyjaśnić. Takie działanie mieści się bowiem w pojęciu czynności badania ofert, jakiej zamawiający obowiązany jest dokonać przed wyborem najkorzystniejszej oferty. W tej sytuacji istniała w ocenie Izby również możliwość zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi o możliwości wyjaśniania treści ofert, zaś w ocenie Izby oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania oferta mieści się w pojęciu „treści oferty” sensu largo. Następnym zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień byłoby wyraźne stanowisko wykonawcy co do statusu osoby która podpisała pismo, a zamawiający miałby w konsekwencji pewność co do konieczności zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba oddaliła zgłoszone przez odwołującego wnioski dowodowe tj. wnioski o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Piotra J., Wojciecha S., Jorga Barwolffa, którzy mieli zeznawać na okoliczność, iż w dacie 31 października 2011 r. Pan Piotr J. posiadał pełnomocnictwo do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy i nie zostało ono odwołane. Izba uznała, że wnioski dowodowe zostały powołane jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp). Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, iż celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp (art. 180 ustawy Pzp). Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza – w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może, jeśli umowa nie została zawarta, uwzględniając odwołanie nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności zamawiającego. Wobec powyższego, na gruncie analizowanej sprawy, ocenie podlegały zakwestionowane w odwołaniu czynności: wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia postępowania w jednej z części, wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, zaniechania wezwania go do złożenia pełnomocnictwa. Uwzględnienie wniosków dowodowych oznaczałoby konieczność badania przez Izbę istnienia i prawidłowości pełnomocnictw zamiast zamawiającego. W wykonaniu wyroku Izby zamawiający wezwie odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pana Piotra J. w dacie złożenia przez niego oświadczenia tj. 31 października 2011 r. Dopiero zaś ocena uzupełnionych pełnomocnictw dokonana przez zamawiającego będzie mogła być poddana kontroli Izby.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp bez zastosowania instytucji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp była przedwczesna.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:** .....