

**Sygn. akt KIO 636/11**

**WYROK**  
**z dnia 6 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NUCTECH Company Limited z siedzibą w Pekinie, 2/F Blok A budynek Tongfang, Shuangqinglu, Haidian District, Pekin, Chińska Republika Ludowa oraz BUMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II nr 11; 00-828 Warszawa od czynności zamawiającego Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12; 00 – 916 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **RAPISCAN Systems LTD, Salfords, Redhill, Surrey, Wielka Brytania, RH1 5GG, X Ray House, Bonehurst Road,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NUCTECH Company Limited z siedzibą w Pekinie, 2/F Blok A budynek Tongfang, Shuangqinglu, Haidian District, Pekin, Chińska Republika Ludowa oraz BUMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II nr 11; 00-828 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NUCTECH Company Limited z siedzibą w Pekinie, 2/F Blok A budynek Tongfang, Shuangqinglu, Haidian District, Pekin, Chińska Republika Ludowa oraz BUMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II nr 11; 00-828 Warszawa.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) 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

Zamawiający – Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i instalację urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania kontenerów dla Polskiej Służby Celnej”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2011 r. pod numerem 2011/S 19-030345.

Dnia 15 marca 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Rapiscan Systems Ltd. X-Ray House, Bonehurst Road, Salfords, Redhill, Surrey RH1-5GG, Wielka Brytania (zwany dalej “Rapiscan Systems Ltd.”).

Z decyzją Zamawiającego nie zgodzili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NUCTECH Company Limited z siedzibą w Pekinie, 2/F Blok A budynek Tongfang, Shuangqinglu, Haidian District, Pekin, Chińska Republika Ludowa oraz BUMAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II nr 11; 00-828 Warszawa (zwani dalej „Odwołującym”) i dnia 28 marca 2011 roku wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie czynności, do których zamawiający był zobowiązany oraz wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- a) przeprowadzeniu badania i oceny ofert w sposób sprzeczny z ustawą Pzp,
- b) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Rapiscan Systems Ltd.,
- c) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Rapiscan Systems Ltd.,
- d) dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasad prowadzenia postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający wadliwie dokonał czynności w prowadzonym postępowaniu, w wyniku czego naruszył:

- 1) art. 7 ustawy Pzp przez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wybór,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Rapiscan Systems Ltd.,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Rapiscan Systems Ltd., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) art. 91 ust. 1 poprzez uchybienie obowiązkowi wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z.,

oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia dokonania czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. Wykluczenie wykonawcy Rapiscan Systems Ltd.,
4. Odrzucenie oferty złożonej przez Rapiscan Systems Ltd.,
5. Wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego oraz zawarcie z nim umowy.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. W przypadku przeprowadzenia prawidłowej oceny ofert w postępowaniu, a tym samym ich prawidłowej „kwalifikacji” oferta wykonawcy Rapiscan Systems Ltd. powinna zostać odrzucona, na skutek czego oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Uzasadniając Odwołujący wskazał, co następuje.

W załączniku E do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Specyfikacja funkcjonalno - techniczna - Zamawiający zawarł wymóg dotyczący sposobu wypełnienia tabeli - zażądał wskazania konkretnych parametrów technicznych oferowanego urządzenia, zaś w odniesieniu do parametrów funkcjonalnych wymagany był wyczerpujący opis sposobu

spełnienia postawionych wymagań. Zamawiający wskazał, że stwierdzenia typu: „tak”, „spełnia” itp. nie będą uznawane za wystarczające, z czego w ocenie Odwołującego wynika wprost konsekwencja w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 - jako niezgodnej z s.i.w.z. Dodatkowo Zamawiający postawił wymóg złożenia oświadczeń dotyczących potwierdzenia określonych parametrów urządzenia.

1. Zamawiający wymagał w załączniku E do SIWZ w pkt. 3.2. ppkt. 2, aby oferowany skaner był zabezpieczony poprzez zainstalowanie systemu antykolizyjnego chroniącego skaner. Rapiscan Systems Ltd. w specyfikacji funkcjonalno - technicznej załączonej do oferty potwierdził ppkt. 1 natomiast nie wskazał, czy skaner posiada system antykolizyjny.

Zamawiający pismem z 9 marca 2011 r. zwrócił się do Rapiscan Systems Ltd. o potwierdzenie, że oferowany skaner posiada system antykolizyjny. Pismo Zamawiającego stanowiło, w ocenie Odwołującego naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 p.z.p.), gdyż w ten sposób Zamawiający istotnie wpłynął na treść oferty Rapiscan Systems Ltd.

2. Rapiscan Systems Ltd. w pkt. 3.1. specyfikacji funkcjonalno - technicznej opisując oferowany skaner nie potwierdził wymogu Zamawiającego i nie wskazał czy oferowany skaner może być wykorzystywany do kontroli pojazdów.

3. Rapiscan Systems Ltd. w pkt. 4.4.. specyfikacji funkcjonalno - technicznej opisując oferowany skaner nie potwierdził wymogu Zamawiającego i nie zobowiązał się do spełnienia warunków w zakresie budowy sieci komputerowej i wydzielonej instalacji elektrycznej.

4. Rapiscan Systems Ltd. w pkt. 5.1. specyfikacji funkcjonalno - technicznej opisując oferowany skaner nie potwierdził wymogu Zamawiającego i nie wskazał, czy oferowany skaner ma odpowiedni kolimator.

5. W oświadczeniu producenta (str. 91) Rapiscan Systems Ltd zamiast wskazać i potwierdzić konkretne parametry urządzenia odwołał się do innych dokumentów.

6. W pkt 15 specyfikacji technicznej Rapiscan przepisał treść z kolumny, w której znajdują się wymagania określone przez Zamawiającego - nie zmieniając nawet formy tego zapisu, a tym samym nie nastąpiło jednoznaczne i faktyczne zobowiązanie wykonawcy.

7. Rapiscan Systems Ltd., na potwierdzenie dysponowania zasobami ZEUS S.A. w Pruszczu Gdańskim przedłożył kopię zobowiązania ZEUS S.A. czym naruszył art. 26 ust. 2b p.z.p. w związku z art. 14 p.z.p. i art. 78 § 1 kc. Pisemne zobowiązanie winno być bowiem przedstawione w formie oryginału. Odwołujący się wskazał, iż w powyższym zakresie podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony w wyrokach z 1.06.2010 r. sygn. akt KIO 922/10 oraz z 30.09.2010 r. sygn. akt KIO 2037/10, iż dokumenty składane przez podmioty trzecie winny być składane w oryginale. Mając na uwadze, że oferta Rapiscan Systems Ltd. podlega odrzuceniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu i wezwaniu do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 byłoby nieskuteczne, wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, a jego oferta uznana za odrzuconą.

Zamawiający miał obowiązek wezwać do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3. Jednakże mając na uwadze, że oferta wykonawcy i tak podlega odrzuceniu Zamawiający winien od wezwania odstąpić i wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4.

Nadto zachodzi sprzeczność pomiędzy oświadczeniem Rapiscan Systems Ltd. o spełnieniu wszystkich wymogów do realizacji zamówienia a więc posiadaniu potencjału technicznego i pracowników a jednocześnie powierza wykonanie wszystkich robot budowlanych firmie ZEUS S.A.

8. Oświadczenie Rapiscan Systems Ltd. z dnia 21 lutego 2011 na str. 23 oferty zostało złożone przez osobę nieuprawnioną do składania oświadczeń w tej dacie. Pełnomocnictwo bowiem zostało udzielone dopiero w dniu 23 lutego 2011 r. i nie zawiera potwierdzenia czynności dokonanych przez Pana Kenneth Charles C. Należy zatem uznać, że Rapiscan Systems Ltd. nie złożył dokumentu określonego w art. 24 ust. 1 pkt. 2, 3 i 9 ustawy p.z.p. Mając na uwadze, że oferta Rapiscan Systems Ltd. podlega odrzuceniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu i wezwaniu do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 byłoby nieskuteczne, wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, a jego oferta uznana za odrzuconą.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 25 marca 2011 roku.

Zamawiający, dnia 25 marca 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 28 marca 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Rapiscan Systems Ltd. (zwany dalej „Przystępującym”).

Zamawiający, dnia 5 kwietnia 2011 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący, pismem z dnia 5 kwietnia 2011 roku złożył pismo procesowe wraz z oświadczeniem spółki Rapiscan złożonym przed notariuszem oraz zobowiązaniem do udostępnienia wiedzy i doświadczenia spółki ZEUS S.A. wraz z referencjami.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła dokumenty złożone przez Przystępującego, tj. oświadczenie spółki Rapiscan złożone przed notariuszem oraz zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia spółki ZEUS S.A. wraz z referencjami.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

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

Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących załącznika E do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punktach 3.2 ppkt. 2, 3.1, 4.4 oraz 5.1 specyfikacji funkcjonalno-użytkowej Izba stwierdziła, że Przystępujący w odpowiednich punktach swojej oferty,

w załączniku E potwierdził wymagania Zamawiającego przez wpisanie sformułowania „Potwierdzamy”, a następnie dokonując stosownego opisu oferowanego urządzenia.

Okolicznością bezsporną jest fakt, iż Zamawiający w tytule załącznika E do s.i.w.z. „Specyfikacji funkcjonalno-użytkowej oferowane skanera dla Polskiej Służby Celnej” zawarł niejako instrukcję dla wykonawców, w której wskazał, iż *„Wypełniając tabelę wykonawca zobowiązany jest do podania w kolumnie 4 konkretnych parametrów technicznych oferowanego urządzenia, zaś w odniesieniu do parametrów funkcjonalnych wymagany jest wyczerpujący opis sposobu spełnienia postawionych przez Zamawiającego warunków i wymagań (stwierdzenia typu: tak, spełnia itp. nie będą uznawane za wystarczające.)”*.

Przystępujący wypełniając kwestionowane przez Odwołującego punkty załącznika E dokonał ich w sposób, który stanowił podstawę do postawienia przez Odwołującego zarzutów w zakresie niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis powyższy stanowi o obowiązku Zamawiającego odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby z faktu, iż Przystępujący nie opisał wszystkich elementów w załączniku E, a odpowiednie potwierdzenie spełnienia parametrów wymaganych przez Zamawiającego znajdują się w innej części treści oferty, objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

„Oferta” jest pojęciem z zakresu prawa cywilnego materialnego, której definicja sformułowana jest w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego (k.c.). Tak więc oferta jest to *„Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”*. Oferta jest oświadczeniem woli skierowanym do drugiej strony, jako propozycja zawarcia umowy, ale także oferta musi zawierać, co najmniej minimalną treść proponowanej umowy (jej istotne postanowienia). Wymaganie to wynika z roli, jaka przypada adresatowi oferty – może doprowadzić do zawarcia umowy przez przyjęcie oferty. Instytucję oferty, jako sposobu zawarcia umowy cywilnoprawnej stosuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z tym, że adresatem oferty wykonawcy jest Zamawiający, a istotne postanowienia umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta musi być złożona na piśmie. Niezachowanie formy pisemnej skutkuje nieważnością oferty, przy czym jest to

nieważność bezwzględna (art. 73 § 1 k.c.), co oznacza, że nie wywołuje ona od początku określonych w niej skutków prawnych.

W ocenie Izby niedopuszczalnym jest dokonywanie oceny złożonej oferty jedynie w oparciu o oświadczenia znajdujące się z kolumnie Nr 4 załącznika E do s.i.w.z. Oferta, jako całościowy oświadczeń i dokumentów mających odpowiednio potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu zarówno tych podmiotowych, jak i przedmiotowych winna podlegać ocenie całościowo. Powyższe oznacza, iż nie jest istotnym, w którym miejscu oferty wykonawca zawarze odpowiednie sformułowania mające potwierdzać spełnianie wymogów Zamawiającego, ważne jest, aby z treści oferty Zamawiający mógł powziąć informacje istotne dla niego, mające wpływ na ocenę dokonywaną przez niego.

Przystępujący, część informacji potwierdzających spełnienie wymogów, co do przedmiotu zamówienia zawarł w załączniku E do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast pozostałą część informacji zawarł w opisie oferowane urządzenia, który to opis został zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie działanie Przystępującego nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedynie stanowi błąd oferty, co do jej formy. Wadliwość oferty pod kątem formy jej złożenia nie stanowi prawa do uznania jej za niezgodnej z s.i.w.z. Elementem istotnie ważnym, a więc rozstrzygającym jest konieczność stwierdzenia, czy oferta Przystępujący nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod kątem merytorycznym, a więc niezbędnym do uznania, czy przedmiot oferty jest zgodny z opisem poczynionym przez Zamawiającego.

Z uwagi na fakt, iż treść oferty merytorycznie istotna w rozstrzygnięciu przedmiotowego odwołania, w powyższym zakresie została zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), Izba stwierdziła, że odpowiednie potwierdzenie skarżonych parametrów znajdują się odpowiednio na stronach 85-86, 55, 97, 99, 101, 103 ofert oraz bezpośrednio w załączniku E do s.i.w.z.

Ponadto Izba zwraca uwagę, iż uprawnienie Zamawiającego wynikające z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp umożliwiające żądanie od wykonawców składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty nie może stanowić podstawy do stawiania zarzutów, o ile wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie kreują nowej treści oferty, odmiennej niż pierwotna. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zwrócił się do Przystępującego, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie, czy oferowany skaner będzie wyposażony w system antykolizyjny – chroniący skaner, zgodnie z deklaracją

zawartą w Ogólnym opisie technicznym i funkcjonalnym oferowanego skanera. W odpowiedzi Przystępujący potwierdził, iż oferowany skaner będzie wyposażony w system antykolizyjny.

Tym samym Przystępujący potwierdził, już wcześniej posiadaną przez Zamawiającego wiedzę, czym nie naruszył przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a co ważne nie zmienił pierwotnej treści oferty.

W związku z powyższym, w zakresie jw. Izba stwierdziła bezzasadność stawianych przez Odwołującego zarzutów.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego oświadczenia producenta (strona 91 oferty), które zamiast wskazać i potwierdzać konkretne parametry urządzenia odwołuje się do innych dokumentów, Izba uznała zarzut powyższy za bezzasadnym.

Przystępujący składając oświadczenie producenta, wskazał, iż oferowane urządzenie rentgenowskie osiąga wskaźniki jakości obrazu, określone w pkt. 6.1.1 – 6.1.4 załącznika E do s.i.w.z. , w takim zakresie, w jakim zostały one sprecyzowane w ofercie złożonej przez Przystępującego. Istotnym jest, że Przystępujący jest jednocześnie producentem urządzenia, tym samym zarzut Odwołującego wydaje się dziwić, tym bardziej, że oświadczenie powyższe znajduje się bezpośrednio w treści oferty, w załączniku E – podpisanym przez Przystępującego – producenta urządzenia.

Odnosnie zarzut dotyczący pkt. 15 specyfikacji technicznej (ST) w zakresie powielenia wymogów Zamawiającego, czym zdaniem Odwołującego nie nastąpiło jednoznaczne i faktyczne zobowiązanie wykonawcy, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Zamawiający w pkt 15 ST opisał wymogi dotyczące gwarancji oferowanego urządzenia. Przystępujący w kolumnie 4 potwierdził wymogi Zamawiającego ze szczegółowym ich opisaniem. W powyższym zakresie Zamawiający dodatkowych wymogów nie stawiał, dlatego też oświadczenie Przystępującego w powyższym zakresie uznać należy za wystarczające i prawidłowe.

Odnosnie powyższych zarzutów Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby słusność stawianych zarzutów. Zgodnie z przepisem art. 190 ust 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W związku z powyższym jako, że Odwołujący nie udowodnił, iż oferowane urządzenie nie odpowiada

wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzuty powyższe należało uznać za niezasadne i nieudowodnione.

W zakresie zarzutu dotyczącego przedstawienia, w formie kopii zobowiązania podmiotu trzeciego – spółki ZEUS S.A., na podstawie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że zarzut powyższy się potwierdził.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, cyt. *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.*

Ustawodawca, w celu udowodnienia przez wykonawcę Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku korzystania z podmiotów trzecich, przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich - formę pisemnego zobowiązania.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności. Dlatego też posiłkując się przepisem art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych, koniecznym jest odniesienie się do przepisów kodeksu cywilnego.

Przepis art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny stanowi, iż *Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (...).* § 2 *Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.*

Tym samym kwestie interpretacyjne obowiązku pisemności zobowiązań podmiotów trzecich zostają rozstrzygnięte w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

Skoro więc ustawodawca, dla formy składania zobowiązania podmiotów trzecich, zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko Zamawiającego w powyższej kwestii uznać należy za chybione.

Jeżeli zaś chodzi o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), to przepis § 6

ust. 1 jasno wskazuje, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Powyższe zastrzeżenie odnosi się jednak do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja dokonana przez Zamawiającego, że przepis rangi rozporządzenia, dalej również specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogą zmieniać przepisy rangi ustawy, która w hierarchii aktów prawnych stoi wyżej niż w/w akty prawne.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) nie wymienia „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom, a w związku z tym wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy w/w rozporządzenia, które odnoszą się do formy zupełnie innych dokumentów.

Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego jednoznacznie wynika, że wykonawca, który chce skutecznie udowodnić Zamawiającemu, że może podlegać na zasobach innych podmiotów musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopią zobowiązania. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Pzp. Nie może Zamawiający udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Obowiązek prawny nałożony na wykonawcę przedstawienia Zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, który będzie udostępniał zasoby wykonawcy, ma zabezpieczać Zamawiającego i interes publiczny przed działaniami wykonawców, którzy z naruszeniem prawa chcieliby uzyskać zamówienie.

Na rozprawie Przystępujący, z ostrożności procesowej złożył oryginał zobowiązania podmiotu, z którego zasobów zamierza skorzystać i w tym zakresie to zobowiązanie należy uznać za skuteczne.

W powyższym względzie Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż w przypadku złożenia stosownych, prawidłowych dokumentów na rozprawie, Zamawiający zapoznając się z ich treścią, która to treść potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu - nie zachodzi okoliczność skutkująca koniecznością wzywania do ich ponownego uzupełnienia. W powyższym względzie Izba podziela pogląd wyrażony w wyrokach KIO o sygn. akt KIO 59/10, KIO 735/10, KIO 1444/10 i potwierdzony orzeczeniem Sądu Okręgowego w Katowicach. SO w Katowicach w wyroku z dnia 29 kwietnia 2009 r., sygn. akt XIX Ga 162/10 wskazał, że *„uwzględnienie zarzutu odwołania o braku wymaganego oświadczenia nie skutkowałoby (...) wykluczeniem wykonawcy, ale koniecznością skierowania do niego wezwania. Dopiero niezastosowanie się do wezwania uprawniałoby do wykluczenia wykonawcy. Ponieważ jednak dokument ten został już uzupełniony samodzielnie (...) w toku postępowania odwoławczego, zbędne jest obecnie ponowne wzywanie do złożenia tego oświadczenia (...). Brak byłoby zatem podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z powodu braków dokumentów przy ewentualnym ponownym badaniu ofert, a zatem należałoby uznać, że uchybienie wykonawcy nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania”*.

Odnosnie zarzutu dotyczącego oświadczenia Przystępującego z dnia 21 lutego 2011 roku (strona 23 oferty), które w ocenie Odwołującego zostało złożone przez osobę nieuprawnioną do składania oświadczeń w tej dacie, gdyż pełnomocnictwo dla osoby podpisującej oświadczenie zostało udzielone w dniu 23 lutego 2011 roku i nie zawiera potwierdzenia czynności dokonanych przez pełnomocnika, Izba uznała za niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba dokonała oceny treści udzielonego pełnomocnictwa. W wyniku tejże oceny Izba doszła do przekonania, że pełnomocnik w osobie Pana Kenneth Charles C. został upoważniony do samodzielnego reprezentowania spółki w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *„Dostawę i instalację urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania kontenerów dla Polskiej Służby Celnej”*, nr postępowania przetargowego R/2/11/SC/B/25, prowadzonego przez Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12, w trybie przetargu nieograniczonego. Ponadto pełnomocnik został upoważniony do podpisywania całej dokumentacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *„Dostawę i instalację urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania kontenerów dla Polskiej Służby Celnej”*, nr postępowania przetargowego R/2/11/SC/B/25, prowadzonego przez Ministerstwo Finansów, Departament

Finansów Resortu, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12, w trybie przetargu nieograniczonego.

Biorąc pod uwagę fakt, iż w sprawach nieuregulowanych w ustawie Prawo zamówień publicznych stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące kodeksu cywilnego, zgodnie z odesłaniem unormowanym w przepisie art. 14 ustawy Pzp, należy w niniejszej sytuacji zastosować przepisu k.c. i w konsekwencji zważyć, co następuje. Zgodnie z art. 104 k.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże, gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Zatem będzie tu miał zastosowanie art. 103 k.c. W myśl jego postanowień, jeżeli zawierający umowę (składający kwestionowane przez Odwołującego oświadczenie), jako pełnomocnik nie ma umocowania, ważność umowy (oświadczenia) zależy od jego potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta (oświadczenie zostało złożone). Powyższe potwierdza Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 2005 r., Sygn. akt V CK 865/04, zgodnie z którym *„przepis art. 103 § 1 k.c. dotyczy wprost tylko umów, natomiast o dopuszczalności jego odpowiedniego zastosowania do jednostronnych czynności prawnych zdziałanych przez rzekomego pełnomocnika przesądza wystąpienie przesłanki, o której stanowi art. 104 zd. drugie k.c. Dopiero gdy osoba trzecia zgodzi się na działanie bez umocowania - stosuje się odpowiednio art. 103 k.c.”*.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, iż w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło potwierdzenie czynności pełnomocnika działającego bez upoważnienia przez mocodawcę w związku z udzielonym pełnomocnictwem. Na potwierdzenie powyższej tezy można przytoczyć orzeczenie Sądu Apelacyjnego z dnia 17 października 2000 r. Sygn. akt I ACa 119/00 zgodnie, z którym *„w wypadku, gdy pełnomocnik nie ma upoważnienia do dokonania danej czynności prawnej lub działa z przekroczeniem udzielonego mu pełnomocnictwa, to potwierdzenie tej czynności przez osobę, w której imieniu działał - czyni ją skuteczną, zaś wnioskodawca w trakcie postępowania złożył własnoręczny podpis.”*. W orzeczeniu, potwierdzającym skuteczność udzielonego *post factum* pełnomocnictwa, Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie z dnia 4 lipca 2006 r., sygn. akt II OSK 941/05, stwierdził, iż *„niedołączenie pełnomocnictwa do pisma sporządzonego w imieniu mocodawcy a kierowanego do organu stanowi brak pisma, który może zostać usunięty. Jeśli usunięcie braku nastąpi w terminie prawem przewidzianym, wówczas nie ma znaczenia, jaką datą pełnomocnictwo zostało oznaczone. Data ta może być późniejsza od daty wezwania strony do*

*usunięcia braku pisma, natomiast istotnym jest zakres pełnomocnictwa oraz by pełnomocnictwo w rzeczywistości udzielone zostało do danej sprawy.”.*

Odnosząc się do drugiej części stawianego zarzutu stwierdzić należy, co słusznie zauważył Przystępujący, że stosowne dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunków określonych przepisem art. 24 ust. 1 pkt 2, 3 i 9 ustawy Pzp zostały złożone wraz z ofertą i są to dokumenty urzędowe.

Niemniej z ostrożności procesowej Przystępujący na rozprawie złożył oświadczenie w powyższym zakresie, które należało uznać za skuteczne. W powyższym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone wcześniej, a dotyczące możliwości składania dokumentów lub oświadczeń na rozprawie, z których wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez konieczności nakazywania Zamawiającemu ich uzupełniania przez Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów Odwołującego w zakresie odrzucenia oferty Przystępującego, czy też wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania. Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:**

.....