

Sygn. akt KIO 348/11

WYROK
z dnia 8 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Członkowie: Piotr Kozłowski
Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Krajowa Izba Gospodarcza (pełnomocnik), OBOP Sp. z o.o., Sadowski Sp. z o.o., Polska Agencja Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A., adres pełnomocnika: 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4 od czynności zamawiającego Ministerstwo Gospodarki, 00-507 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 3/5.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Krajowa Izba Gospodarcza(pełnomocnik), OBOP Sp. z o.o., Sadowski Sp. z o.o., Polska Agencja Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A., adres pełnomocnika: 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4 i nakazuje 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: Krajowa Izba Gospodarcza, OBOP Sp. z o.o., Sadowski Sp. z o.o., Polska Agencja Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A., adres pełnomocnika: 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4;

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Minister Gospodarki w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Przeprowadzenie badań wizerunkowych Polski i polskiej gospodarki w krajach głównych partnerów gospodarczych oraz opracowanie koncepcji wizualizacji, programu promocji polskiej gospodarki.”

10 lutego 2011 r. zamawiający przesłał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Michała Zielińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ageron Polska Michał Zieliński w Warszawie i Ageron Internacional S.L. Madrycie (Hiszpania) o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Krajowej Izby Gospodarczej w Warszawie, OBOP Sp. z o. o. w Warszawie, Sadowski Sp. z o. o. w Krakowie i Polskiej Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A. w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający jako podstawę wykluczenia wskazał złożenie dokumentu wadium niespełniającego wymogów dla realizacji uprawnienia Zamawiającego wynikającego z art. 46 ust. 5 Pzp kwalifikowanego jako niezłożenie wadium - wadium nie obejmowało całego okresu związania ofertą wynoszącego 60 dni poczynając od daty składania ofert.

Wykluczeni wykonawcy wnieśli pisemne odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 lutego 2011 r. Spełniony został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania w terminie przewidzianym na jego wniesienie.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum AGERON i czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz o ponowną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego, zbadanie i ocenę oferty odwołującego oraz oferty Konsorcjum AGERON, ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 3, art. 9 ust. 1 i 2, art. 22 ust. 1, art. 23, art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 - 4, art. 26 ust. 2a, ust. 2b i ust. 3, art. 44-46, art. 82 ust. 1-3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 5, 6 i 8, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 oraz innych

przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jak również innych aktów prawnych przywołanych w odwołaniu.

Uzasadniając zarzuty wobec czynności wykluczenia odwołujący oświadczył, że brak jest podstaw prawnych i faktycznych do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Podniósł, że z treści złożonej gwarancji wynika, że zabezpiecza ona interesy zamawiającego w pełnym zakresie wymaganym przepisami prawa i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że w obowiązujących przepisach, jak również w orzecznictwie i w doktrynie brak jest podstaw do utożsamiania pojęcia wniesienia wadium z „fizycznym” złożeniem „dokumentu wadium” wraz z ofertą w kopercie, kartonie czy innym opakowaniu zabezpieczającym ofertę, natomiast trzeba uwzględnić istotę i specyfikę każdej z form wnoszenia wadium oraz fakt, że nie każde zachowanie niezgodne z przepisami stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jako przykład wskazał, że tylko i wyłącznie brak wadium w wymaganej kwocie pieniędzy, na rachunku wskazanym przez zamawiającego do upływu terminu składania ofert, skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania nie zaś to, że wpłacenie wymaganej kwoty pieniężnej nastąpiło w inny sposób niż poprzez przelew. Odwołujący argumentował powołując orzecznictwo Izby, że skoro uchybienie bezwzględnie obowiązującym przepisom o sposobie wpłacania wadium w formie pieniądza nie skutkuje wykluczeniem z postępowania, to zupełnie niezrozumiałe jest działanie zamawiającego polegające na wykluczeniu odwołującego z powodu nie przedłożenia na dzień składania ofert wszystkich danych informujących o wadium. Wywiódł, że przepisy ustawy o terminie i formach wniesienia wadium nie uzależniają skutku prawnego wniesienia wadium od przedłożenia zamawiającemu dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, ważne jest, aby było ono wniesione (ważnie i skutecznie, ustanowione i chroniące wszystkie prawnie istotne interesy zamawiającego) przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołu Arbitrów i oświadczył, że rozróżnić trzeba fakt „fizycznego” przedłożenia zamawiającemu dokumentu lub innego zaświadczenia potwierdzającego „złożenia wadium” od czynności „wniesienia wadium”, skutek w postaci wykluczenia wykonawcy wiąże się tylko z „nie wniesieniem wadium przed upływem terminu składania ofert”, a nie z brakiem udokumentowania złożenia wadium - zgodnie z regułami wykładni językowej.

Wywodził, że w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej (lub bankowej) przez wniesienie wadium należy rozumieć ustanowienie wadium (doprowadzenie przez wykonawcę do zobowiązania się ubezpieczyciela (lub banku) do wypłaty beneficjentowi określonej kwoty w określonych okolicznościach, czego potwierdzeniem jest list gwarancyjny (dokument gwarancji)). Przy czym nie ma znaczenia czy ustanowienie wadium nastąpiło w jednym dokumencie czy na zobowiązanie gwaranta składa się także aneks do tego zobowiązania,

zwłaszcza w sytuacji, zmiany terminu składania ofert, gdy wykonawca już zabezpieczył ofertę wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub gwarancji bankowej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu skrajnie formalistyczny sposób interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp sprzeczny z wykładnią systemową i funkcjonalną ustawy. Podniósł, że skoro ustawodawca nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawców, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie nie złożonych lub zawierających błędy oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw oraz poprawianie oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp to brak jest podstaw do nie uznania wadium tylko z tego powodu, że dokumenty stwierdzające ten fakt nie zostały w komplecie złożone.

Odwołujący argumentował, że jeżeli dopuszcza się możliwość naprawienia wadliwie wykonanych czynności złożenia oświadczeń i dokumentów oraz dopuszcza się możliwość poprawienia wad oferty (omyłek), to nie ma jakichkolwiek prawnych, faktycznych i racjonalnych podstaw do tego, aby wadium ustanowione i wniesione na rzecz zamawiającego przed terminem składania ofert, w przypadku wątpliwości zamawiającego nie mogło zostać dodatkowo udokumentowane. Podkreślił, że wadium zostało wniesione, a tylko dokument, który ten fakt odzwierciedla, nie został przedłożony zamawiającemu w całości przed upływem w terminu składania ofert.

Odwołujący ocenił, że zamawiający nie może inaczej traktować wykonawców wnoszących wadium w formie pieniężnej (niezwykle liberalnie), a jednocześnie bardzo formalnie podchodzić do kwestii wniesienia wadium w przypadku wykonawców wnoszących wadium w innej formie niż pieniężna.

Uzasadniając zarzuty wobec Konsorcjum AGERON odwołujący podniósł:

1. czynność ustanowienia Pana Michała Zielińskiego jako pełnomocnika Konsorcjum AGERON nie wywołuje skutków prawnych i jako czynność sprzeczna z prawem (z art. 9 ust. 1 i 2 Pzp) na podstawie art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 Pzp.
- w odniesieniu do oświadczenia woli, jakim jest pełnomocnictwo, zamawiający nie dopuścił możliwości składania pełnomocnictwa w innym języku niż język polski oraz nie dopuścił możliwości wnoszenia tego oświadczenia w formie kopii;
- do złożenia pełnomocnictwa nie stosuje się art. 25 ust. 2 w związku z § 6 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817);
- uprawnienie do podpisania oferty w formie pisemnej jest integralnie związane w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z ustanowieniem pełnomocnika w tej samej formie (art. 99 § 1 k.c.) i w języku (art. 9 ust. 1 Pzp).

2. z załączonych do oferty dokumentów nie wynika, że którykolwiek z członków Konsorcjum AGERON posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia. Zamówienie zrealizowane na rzecz państwowej „Łotewskiej Agencji Inwestycji i Rozwoju” przez Bloom Consulting S.L., nie może potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż Konsorcjum AGERON mimo, że z mocy art. 26 ust. 2b ustawy PZP było do tego zobowiązane:

- nie udowodniło zamawiającemu, iż będzie dysponowało zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, nie przedstawiło pisemnego, w rozumieniu art. 78 § 1 k.c. i art. 353 § 1 k.c. , zobowiązania tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia - złożyło kserokopię poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Pana Michała Zielińskiego o treści nie zawierającej *essentialia negotii* stosunku zobowiązaniowego. Ponadto z wiedzy jaką można uzyskać z dokumentacji przetargowej i innych źródeł nie wynika, aby Bloom Consulting S.L. dysponował jakimikolwiek zasobami, stąd też nie może ich udostępnić;
- nie wykazało zamawiającemu, iż spełnia warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia nie później niż w terminie składania ofert - protokół zdawczo - odbiorczy stwierdzający wykonanie umowy na rzecz państwowej „Łotewskiej Agencji Inwestycji i Rozwoju” przez Bloom Consulting S.L. potwierdza tylko fakt: a) dostarczenia opracowań, b) brak zastrzeżeń do jakości zrealizowanych zamówienia, nie potwierdza, należytego wykonania zamówienia, czego wymaga § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz pkt 5 ust. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Użyte zwroty nie dają podstaw stwierdzenia, że zamówienie zostało wykonane należyście np. w zakresie terminu wykonania zamówienia.

3. Konsorcjum AGERON powinno złożyć dokumenty wymienionych w § 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów odnoszące się do Bloom Consulting S.L.;

4. Konsorcjum AGERON nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z powodu nie spełniania warunków o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp przez jednego z członków Konsorcjum to jest AGERON INTERNATIONAL S.L. w zakresie nie złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, nie wykazania dokumentami braku podstaw do wykluczenia odnośnie przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i pkt 9 Pzp;

5. Informacje zastrzeżone przez Konsorcjum AGERON dotyczące sposobu wykonania zamówienia nie mają statusu tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż m.in. ten element oferty podlega ocenie w zakresie kryterium oceny ofert i celem zastrzeżenia tych informacji było uniemożliwienie weryfikacji tych elementów oferty przez współkonkurentów, nie zaś zastrzeżenie informacji, które nie mogą mieć statusu tajemnicy przedsiębiorstwa.

6. Z informacji z banków mających potwierdzać spełnianie warunku w zakresie zdolności finansowej, wystawionych przez Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A który wykazuje saldo w kwocie 500.108,28 euro oraz z informacji z Multi Banku, który wykazał dostępne środki w kwocie 366.011,95 złotych i limit kredytowy 20.000,00 złotych oraz 9.000,00 euro, w żaden sposób nie wynika (nie wykazano), znajdowania się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia:

- w terminologii finansowej „Saldo” oznacza m. in. pozostałe do spłacenia zadłużenie kredytu lub obrót obejmujący środki pieniężne zarówno posiadane, jak i pozostające do spłacenia;
- Konsorcjum AGERON powinno wykazać spełnianie warunku w zakresie zdolności finansowej w złotych polskich, nie zaś w euro,

7. 1) fakt że dla Pana Arturo Gomez Quijano - wspólnika Ageron International S.L. nie złożono zaświadczenia o niekaralności w zakresie przestępstw o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp;

2) fakt, że dla Pana Jose Filipe T. - nie złożono zaświadczenia o niekaralności w zakresie przestępstw o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp;

3) fakt, że dla Pana Jose Filipe T. - nie przedłożono jednoznacznej informacji wykazującej w sposób opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia -m.in. w języku polskim - wykształcenia w/w osoby.

Konsorcjum AGERON zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Z powodu braku dostatecznego wykazania umocowania do zgłoszenia przystąpienia przez osobę, która je podpisała (tak w dokumentach złożonych przy przystąpieniu oraz wraz z ofertą), Izba uznała zgłoszenie przystąpienia za bezskuteczne.

W czasie przystąpienia Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 listopada 2010 pod numerem 2010/S 217-333219.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, mimo że dwa zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie.

Zarzut wadliwego wykluczenia odwołującego z postępowania Izba uznała za niezasadny. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 28 grudnia 2010 r., Termin ten został przesunięty na 7 stycznia 2011 r.

Termin związania oferta wynosił 60 dni.

Odwołujący przed terminem składania ofert wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z 21 grudnia 2010 r., Nr 3021156/8401 ustanowionej przez HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie, której treść nie jest kwestionowana. Jako okres obowiązywania gwarancji wskazano 28 grudnia 2010 r. - 28 lutego 2011r. Pismem z 25 stycznia 2011 r. odwołujący działając z inicjatywy własnej złożył aneks do gwarancji z 5 stycznia 2011 r. przedłużający jej okres obowiązywania do 7 marca 2011 r.

Spór dotyczy zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przywołany przepis stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 46 ust. 3 Pzp, wadium wnosi się przed terminem składania ofert.

Ustawodawca dał wykonawcom możliwość wyboru formy wnoszenia wadium. Konsekwencje wyboru formy oraz obowiązek wniesienia wadium odpowiadającego wymaganiom ustawy prawo zamówień publicznych spoczywają w całości na wykonawcy. Wykonawca ponosi ryzyko związane z wyborem określonej formy wadium, w szczególności ryzyko wykazania samego faktu wniesienia wadium.

Podkreślić trzeba, że art. 85 ust. 4 *in initio* Pzp stanowi, że przedłużenie terminu związania ofertą dopuszczalne jest tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeżeli jest to niemożliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania

ofercą. Istotą regulacji dotyczących wadium jest zatem możliwość realizacji przez zamawiającego uprawnień wynikających z wadium nieprzerwanie od dnia złożenia oferty przez cały okres związania ofertą.

Wadium w formie pieniądza jest wniesione w razie dokonania przez wykonawcę wpłaty kwoty wadium na wskazany przez zamawiającego rachunek bankowy z momentem jej uznania na rachunku zamawiającego. W takiej sytuacji złożenie potwierdzenia przelewu lub innego dokumentu potwierdzającego wykonanie operacji bankowej nie ma prawnego znaczenia dla wniesienia wadium.

Natomiast gwarancja ubezpieczeniowa to jednostronne zobowiązanie ubezpieczyciela-gwaranta, iż po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Możliwość zaspokojenia się z gwarancji powstaje w razie zaistnienia sytuacji określonych w jej treści, jednak z zastrzeżeniem, że zdarzenie takie nastąpi w terminie obowiązywania gwarancji. Zatem w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji treść dokumentu oraz posiadanie go przez zamawiającego już przed upływem terminu składania ofert ma istotne znaczenie.

W konsekwencji przyjąć należy, że skutek wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej następuje wyłącznie wtedy, gdy z upływem terminu składania ofert zamawiający dysponuje wadium właściwym, co do formy, wysokości kwoty zabezpieczenia i obowiązującym przez cały okres związania ofertą.

Sam fakt obowiązywania gwarancji nieprzerwanie od dnia składania ofert do upływu terminu związania ofertą jest niewystarczający dla uznania, że wadium zostało wniesione. Nietrafnie utożsamia odwołujący pojęcie wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z jego ustanowieniem (samym faktem jego istnienia), z pominięciem konieczności posiadania przez zamawiającego dokumentu gwarancji aktualnego w odniesieniu do całego terminu związania ofertą. Jeśli na wadium składa się dokument podstawowy gwarancji oraz aneksy, zamawiający winien wejść w ich posiadanie do upływu terminu składania ofert.

Rozumienie przeciwne prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców – uprzywilejowania wykonawców, którzy wnieśli wadium w formie innej, niż pieniądze.

Ustawa Prawo zamówień publicznych odrębnie traktuje oświadczenia i dokumenty wskazane w art. 25 ust. 1 Pzp, instytucje oferty oraz wadium. Podzielić należy spostrzeżenie odwołującego, że ustawodawca dał możliwość poprawienia uchybień w odniesieniu do oświadczeń, dokumentów oraz treści oferty, podczas gdy przepisy dotyczące wadium mają niezwykle rygorystyczny charakter. Argumentacja taka nie może jednak odnieść

zamierzonego skutku, gdyż może być rozpatrywana wyłącznie jako ewentualny postulat *de lege ferenda*. Tymczasem Izba orzeka na podstawie aktualnego stanu prawnego.

Skoro odwołujący do upływu terminu składania ofert nie wniósł wadium zabezpieczającego ofertę przez wymagany okres 60 dni, to znaczy że wadium odpowiadające wymaganiom przepisów nie zostało w ogóle wniesione. Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutów wobec dotyczących Konsorcjum AGERON, Izba zważyła, co następuje:

ad 1. Zgodnie z pkt 10 ust. 3 i 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej i należy sporządzić ją w języku polskim.

Pkt 5.9 specyfikacji – odnoszący się do wykazu oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp - stanowi natomiast, że wszystkie oświadczenia i dokumenty załączone do oferty muszą być złożone w języku polskim. Dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez wykonawcę.

Ofertę Konsorcjum Ageron sporządzoną w języku polskim podpisał w imieniu wykonawców tworzących konsorcjum Pan Michał Zieliński. W ofercie Konsorcjum AGERON znajduje się oryginał - w języku hiszpańskim - wspólnego oświadczenia członków konsorcjum ustanawiającego pełnomocnikiem Pana Michała Zielińskiego (str. 44 i 45 oferty) oraz tłumaczenie na język polski poświadczone za zgodność z wersją oryginalną przez Pana Michała Zielińskiego. Poprawność tłumaczenia nie jest kwestionowana. Treść pełnomocnictwa zawiera upoważnienie do podpisania oferty w badanym postępowaniu.

Konsorcjum Ageron złożyło również wypis z Rejestru Handlowego Madrytu dotyczący Ageron Intemacional S.L. zawierający informację o pełnomocnictwie udzielonym Panu Michałowi Zielińskiemu przez Pana Jesusa Centenerę Ulecię działającemu w imieniu Ageron Intemacional S.L. do „podpisywania ofert i zawierania umów związanych z postępowaniami dotyczącymi zamówień publicznych na rzecz polskiej administracji publicznej oraz instytucji europejskich w Polsce, bez limitu wartości”.

Izba uznała, że oferta Konsorcjum Ageron została podpisana przez osobę należycie umocowaną, nie jest nieważna z mocy prawa oraz nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Wskazać trzeba wstępnie, że *de lege lata* błędy w treści pełnomocnictwa lub niezłożenie pełnomocnictwa wraz z ofertą nie niesie skutku odrzucenia oferty, lecz rodzi po stronie zamawiającego obowiązek wezwania do jego uzupełnienia.

W okolicznościach sporu nie ma konieczności dokonania tego wezwania.

Przede wszystkim błędne jest uznanie przez odwołującego, że oświadczenie woli złożone w języku obcym nie wywołuje skutków prawnych i jest czynnością sprzeczną z prawem na gruncie Prawa zamówień publicznych.

Ważność czynności prawnej, jaką jest udzielenie pełnomocnictwa, jest oceniana na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, nie zaś na podstawie art. 9 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 99 § 1 k.c jeżeli do ważności czynność prawna wymagana jest szczególna forma, tę samą formę winno mieć pełnomocnictwo do dokonania tej czynności. Przepis ten nie doznał obrazy w ofercie Konsorcjum Ageron.

Niezasadne jest uzależnianie prawidłowości podpisania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z których jeden ma siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej od złożenia pełnomocnictwa w języku polskim, w sytuacji, gdy zostało ono złożone w oryginale, wraz z tłumaczeniem, a zawarcie w jego treści umocowania do podpisania oferty nie jest kwestionowane.

Zarzut odwołania uznać należy za chybiony.

ad 2. w pkt 5 (tabela pkt 3) zamawiający oczekiwał, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie zrealizowali co najmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie badań (więcej niż jednego badań), w zakresie wizerunku, sposobu postrzegania badanego regionu oraz opracowanie na podstawie niniejszych badań koncepcji wizerunkowej promocji, danego regionu, stanowiącej podstawę do realizacji zadań komunikacyjnych i marketingowych i wartość wykonanego zamówienia nie może być mniejsza niż 500.000,00 zł brutto. W tym celu wymagał złożenia stosownego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie.

W pkt 5.10 specyfikacji zamawiający powielił treść art. 26 ust. 2 b Pzp.

Konsorcjum Ageron w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu złożyło wraz z ofertą wykaz usług (str. 83 -87 oferty). Niesporne jest między stronami, że wymaganai zamawiającego spełnia wyłącznie umowa zrealizowana na rzecz państwowej „Łotewskiej Agencji Inwestycji i Rozwoju” przez Bloom Consulting S.L.

W celu potwierdzenia należytego wykonania umowy Konsorcjum Ageron złożyło kopię protokołu zdawczo - odbiorczego wraz z tłumaczeniem potwierdzającego wykonanie umowy na rzecz państwowej „Łotewskiej Agencji Inwestycji i Rozwoju” przez Bloom Consulting S.L. stwierdzający, że w odniesieniu do umowy i odpowiadających jej warunków zamówienia usługi zostały zrealizowane, opracowania zostały dostarczone. Protokół zawiera również oświadczenie o braku zastrzeżeń do jakości zrealizowanych zamówienia (str. 89 oferty).

Konsorcjum AGERON POLSKA złożyło kopię oświadczenia Bloom Consulting S.L. wraz z tłumaczeniem poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Pana Michała Zielińskiego (str. 107 i 108 oferty). W jego treści Bloom Consulting S.L. zobowiązuje się, w przypadku, gdy oferta firmy Konsorcjum AGERON, w postępowaniu o zamówienie publiczne opublikowanym 9.11.2011 r. przez Ministerstwo Gospodarki, zostanie uznana za najkorzystniejszą, do udostępnienia swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, niezbędnych ekspertów oraz opracowania koncepcji wizualizacji programu promocji polskiej gospodarki.

W wykazie osób, które będą wykonywać zamówienie (str. 92 -102 oferty) wskazani zostali Pan Jose Felipe T. – właściciel (wspólnik) Bloom Consulting S.L. oraz Pan Gonzalo V. pracownik Bloom Consulting S.L.(str. 101 i 102 oferty).

Art. 26 ust. 2b stanowi, że 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 nim 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 wykonywaniu zamówienia.

Izba uznała, że zobowiązanie Bloom Consulting S.L. do udostępnienia zasobów nie zostało złożone w formie wymaganej przepisami prawa. Do zobowiązania podmiotu trzeciego nie znajduje zastosowania pkt. 5.8. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym zamawiający określił, że „dokumenty żądane przez Zamawiającego należy składać w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę”. W pkt 5.10 specyfikacji zamawiający ustalił jednak, że zobowiązanie podmiotu trzeciego winno mieć formę pisemną.

Podkreślić trzeba, że możliwość złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów została uregulowana wyłącznie w art. 26 ust. 2 b Pzp. Zatem nie stosuje się do niego, wynikające z § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, do których dopuszcza się złożenie oświadczenia w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Złożenie dokumentu dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w niewłaściwej formie orzecznictwo uznaje za błąd podlegający usunięciu przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp. Błąd co do formy oświadczenia Bloom Consulting S.L. o udostępnieniu niezbędnych zasobów (dokumentu o charakterze podmiotowym) mógłby być naprawiony przez zastosowanie przywołanego przepisu.

Izba zważyła jednak, że nakazywanie zamawiającemu uzyskania zobowiązania prawidłowego co do formy nie jest zasadne.

Art. 26 ust. 2 b Pzp pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazuje jako przykładowy sposób dla udowodnienia zamawiającemu faktu dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego. Ustawodawca pozostawił zatem wykonawcy dowolność co do wyboru środków dowodowych. Zamawiający w specyfikacji nie ustanowił, innych niż ustawowe, regulacji.

Izba uznała, że fakt dysponowania przez Konsorcjum Ageron zasobami Bloom Consulting S.L. został dostatecznie udowodniony przez przewidywane uczestnictwo wspólnika oraz pracownika tego podmiotu w realizacji zamówienia oraz złożenie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia przez Bloom Consulting S.L.. Podkreślić trzeba, że w przypadku usług stanowiących przedmiot zamówienia nośnikiem potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia są przede wszystkim osoby, które już realizowały podobne usługi, stąd ich przewidywane uczestnictwo w wykonaniu zamówienia ma przesadzające znaczenie.

Izba uznała również, że protokół zdawczo – odbiorczy stanowi dokument potwierdzający fakt, należytego wykonania zamówienia, stosownie do § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz pkt 5.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie dopatrzyła się powodów, dla których jego treść miałaby być niewystarczająca. Brak jest podstaw do tego, aby domagać się ujęcia w dokumencie wystawionym pod rządami prawa obcego odrębnego stwierdzenia terminowości wykonania zobowiązania. Z dokumentów potwierdzających wykonanie usług ma wynikać jedynie fakt ich należytego wykonania, przy czym pojęcie to nie musi zostać użyte w ich treści. Z samej treści protokołu wynika fakt wykonania usługi zgodnie z umową, co jest wystarczające dla stwierdzenia, iż Bloom Consulting należycie wykonał swoje zobowiązanie.

Izba uznała, że Bloom Consulting S.L. wykonał należycie usługę na rzecz „Łotewskiej Agencji Inwestycji i Rozwoju” odpowiadającą wymaganiom zamawiającego, a fakt dysponowania potencjałem tego podmiotu przez Konsorcjum Ageron został udowodniony. Z tego względu złożenie zobowiązania Bloom Consulting w formie kopii stanowi naruszenie art. 26 ust. 2 b Pzp pozostające bez znaczenia dla wyniku postępowania i nie może stać się podstawą uwzględnienia odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp).

ad 3. Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymagał złożenia dokumentów dotyczących podmiotu, na potencjał którego powołują się wykonawcy. Zgodnie z treścią § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, 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 może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.

Przywołany przepis statuuje uprawnienie, nie zaś obowiązek zamawiającego do żądania przedstawienia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego swój potencjał.

Dodać trzeba, że zamawiający może wymagać złożenia tych dokumentów jedynie w razie ustalenia stosownego wymagania w specyfikacji.

Zarzut odwołania jest całkowicie chybiony.

ad 4. Oświadczenie pełnomocnika Konsorcjum Ageron Pana Michała Zielińskiego o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp w imieniu Ageron Internacional S.L., zostało złożone wraz z oferta (str. 80 oferty).

W wyniku wezwania przez zamawiającego (pismo z 27 stycznia 2011 r.) do uzupełnienia tego dokumentu, Konsorcjum Ageron w wymaganym terminie złożyło oświadczenie Ageron Internacional S.L. podpisane przez Pana Jesusa Centenerę (w aktach sprawy).

Wraz z ofertą zostały złożone dokumenty wykazujące brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i pkt 9 Pzp dotyczące Ageron Internacional S.L. (str. 68 -79 oferty):

- w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp zaświadczenie wydane przez hiszpański Centralny Rejestr Skazanych o braku wpisów o karalności dotyczących Pana Jesusa Centenera Ulecii - jednoosobowego zarządu Ageron Internacional S.L.;
- w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 - oświadczenie w formie aktu notarialnego, w którym Pan Jesus Centenera oświadcza, że „wobec wspomnianej spółki, członków jej zarządu i reprezentantów prawnych, jak również wobec niżej podpisanego, z żadnego powodu nie został orzeczony zakaz, ani nie występuje ograniczenie w zakresie udziału w postępowaniach o zamówienia publiczne, na które wskazuje artykuł 49 Ustawy 30/2007 z 30 października o Zamówieniach Sektora Publicznego, w zakresie i na warunkach w nim przewidzianych, Ustawa 14/1995 z 21 kwietnia o Ograniczeniach Wysokich Stanowisk Regionu Madrytu i artykuł 29.5 Ustawy 9/1990 z 8 listopada Dotyczącej Finansów Regionu Madrytu”.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do kwestionowania przywołanych dokumentów i oświadczeń. Niesporne jest między stronami, że w Hiszpanii, gdzie spółka Ageron Internacional S.L. ma siedzibę, nie wydaje się dokumentów określonych w pkt. 5.5 1) c) specyfikacji.

Zarzut odwołania nie potwierdził się.

Ad 5. Konsorcjum Ageron oświadczyło, że opis sposobu realizacji przedmiotu zamówienia - stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Izba uznała, że informacje zastrzeżone w ofercie Konsorcjum Ageron, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, przede wszystkim na podstawie stanowiska zawartego w uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, którego tezy zamawiający w czasie rozprawy uznał za swoje. Konsorcjum Ageron oświadczyło, że „zastrzeżona informacja nie jest znana ogółowi i nie została ujawniona do wiadomości publicznej, co jednocześnie nie stoi w sprzeczności z faktem, że mogłaby być w przyszłości ujawniona, już na potrzeby realizacji zamówienia, w przypadku jego uzyskania”. Izba ocenia, że istota powołania się na tajemnicę przedsiębiorstwa jest ochrona wypracowanych przez wykonawcę wartości. Możliwość udostępnienia opisu sposobu realizacji zamówienia, który podlegał ocenie merytorycznej, w ramach kryteriów oceny ofert, jednak już po uzyskaniu zamówienia, wskazuje, w ocenie Izby, nie na obiektywną potrzebę ochrony posiadanych przez Konsorcjum Ageron metodologii pracy, lecz jedynie na zamiar uniemożliwienia weryfikacji złożonej oferty przez konkurentów. Pogląd ten ma szczególne znaczenie w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego.

Również analiza zastrzeżonych treści nie doprowadziła do ustalenia opisanego w tej części informacji, których ujawnienie w sposób nie budzący wątpliwości naraziłoby interesy wykonawców na szwank. Podkreślić trzeba, że to zamawiający winien zbadać dokonane zastrzeżenie mając świadomość, że jego skuteczność może podlegać weryfikacji w postępowaniu odwoławczym. Przyczyny dla których zamawiający uznał zastrzeżone informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa winny mieć zatem zobiektywizowany charakter.

Zarzut odwołania znalazł potwierdzenie, co pozostaje jednak bez znaczenia dla sentencji orzeczenia. Skoro czynność wykluczenia odwołującego została dokonana prawidłowo,

uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne nie może mieć znaczenia dla wyniku postępowania.

Ad 6. w pkt 5 (tabela pkt 5) zamawiający wymagał, aby wykonawca nie później niż na dzień składania ofert wykazał, że posiada środki finansowe w wysokości co najmniej 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony) lub posiada zdolność kredytową w wysokości co najmniej 2.000.000,00 PLN (słownie: dwa miliony).

W toku postępowania 3 stycznia 2011 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie: „Według jakiego kursu będą przeliczane kwoty dotyczące posiadania przez Wykonawców środków finansowych w wysokości co najmniej 2.000.000,00 PLN, w przypadku gdy kwoty te są wyrażone w walutach obcych? Czy przeliczenie nastąpi według średniego kursu NBP z dnia wydania zaświadczenia potwierdzającego wysokość posiadanych środków finansowych?”, Zamawiający poinformował, że przeliczenie posiadanych środków finansowych, o których mowa w pkt III.2.2) ogłoszenia i pkt 5.5 (tabela) siwz, w przypadku gdy kwoty te zostaną wyrażone w walutach obcych, nastąpi według średniego kursu NBP na dzień składania ofert (oba pisma w aktach sprawy).

Konsorcjum Ageron złożył wraz z ofertą informacje z banków wystawione przez (str. 103 - 106 oferty):

- Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A wykazujące saldo w kwocie 500.108,28 euro;
- Multi Bank S.A., który wykazał dostępne środki w kwocie 366.011,95 zł i limit kredytowy 20.000,00 PLN oraz 9.000,00 euro,

W oparciu o wyjaśnienia treści specyfikacji Izba uznała, że Konsorcjum Ageron wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zgodnie z udzieloną odpowiedzią dokonał przeliczenia kwoty wskazanej w zaświadczeniu wystawionym przez Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., co łącznie z kwotą wynikającą z zaświadczenia wystawionego przez Multibank S.A. przekracza wymaganą przez zamawiającego wysokość środków.

Izba uznała, że pojęcie „saldo” jest tożsame, w okolicznościach sporu, z wysokością środków finansowych zdeponowanych na rachunku bankowym. Saldo rachunku bankowego, to - zarówno w terminologii finansowej, jak i w rozumieniu potocznym - środki pieniężne na rachunku bankowym zgromadzone przez posiadacza rachunku i zaksięgowane po uwzględnieniu obrotów po stronie debetowej („ma”) i kredytowej („winien”) albo różnica wynikająca z zestawienia sum przychodu i rozchodu. Zatem wykazanie salda dodatniego wskazuje na posiadanie środków finansowych w danej wysokości.

Zarzut odwołania nie znalazł potwierdzenia.

Ad 7. Zarzuty odwołania są całkowicie chybione.

- Pan Arturo Gomez O. jest wyłącznie współnikiem spółki Ageron Internacional S.L., ale nie jest członkiem organu zarządzającego spółki. Ageron Internacional S.L. posiada zarząd jednoosobowy - Pana Jesusa Centenery Ulecii. Art. 24 ust. 1 pkt 8 odnosi się do „urzędującego członka organu zarządzającego”. Zaświadczenie dla Pana Jesusa Centenera Ulecii zostało, jak Izba wskazała w pkt ad 4 złożone wraz z ofertą.

- Bloom Consulting S.L, w której funkcję jednoosobowego zarządu pełni pan Jose Filipe T., nie jest wykonawcą w postępowaniu, status wykonawcy posiada Konsorcjum Ageron Stosowne zaświadczenia o niekaralności w zakresie przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp dotyczące Pana Michała Zielińskiego, jako osoby fizycznej prowadzącej jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą Ageron Polska Michał Zieliński oraz dla Pana Jesusa Centenery Ulecii, stanowiącego jednoosobowy zarząd Spółki Ageron Internacional S.L. zostały złożone.

Art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp odnosi się wyłącznie do wykonawców. Zamawiający, jak Izba ustaliła w pkt ad 3, nie wymagał złożenia dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia podmiotów udostępniających swoje zasoby.

W pkt 5.4 specyfikacji w celu wykazania dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający wymagał dysponowania 6 osobami o opisanych kwalifikacjach. Wymagał również złożenia wykazu tych osób z podaniem informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności.

Konsorcjum Ageron przedstawiło żądany wykaz, w którym prócz 6 wymaganych przez zamawiającego ekspertów, co jest niesporne, wskazało Pana Jose Filipe T. oraz Pana Gonzalo V..

Wobec powyższego, uznać należy, że Pan Jose Filipe T. nie jest jedną z osób - 6 ekspertów - wymaganych przez zamawiającego dla wykazania, że wykonawca dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a zatem jego obecność w wykazie osób nie jest decydująca dla spełniania przez Konsorcjum Ageron Polska warunku udziału w postępowaniu. W wykazie osób również nazwy własne szkół, w których uczył się Pan Jose Filipe T.