

WYROK

z dnia 16 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **31 stycznia 2011 r.** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: SENER Sp. z o.o., SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A., DURO FELGUERA S.A., 00-832 Warszawa, ul. Żelazna 28**, w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrociepłownię Stalowa Wola S.A., 37-450 Stalowa Wola, ul. Energetyków 13**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: SNC-LAVALIN Polska Sp. z o.o., Warbud S.A., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39A**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: SENER Sp. z o.o., SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A., DURO FELGUERA S.A.** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się**

o udzielenie zamówienia publicznego: Sener Sp. z o.o., Sener SENER Sp. z o.o., SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A., DURO FELGUERA S.A. tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Tarnobrzegu.**

Skład orzekający Izby:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Elektrociepłownia Stalowa Wola S.A. – prowadzi postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na *Budowę bloku gazowo - parowego o mocy około 400 MWe z członom ciepłowniczym w Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A.*

W dniu 31 stycznia 2011 r. konsorcjum SENER Sp. z o.o., SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. oraz DURO FELGUERA S.A. i DURO FELGUERA S.A. wniosło odwołanie wobec czynności wykluczenia z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp, poprzez nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa podmiotowego wyrażające się w bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania, mimo braku podstawy prawnej uzasadniającej wykluczenie z postępowania z powodu nieprzedłożenia pełnomocnictw;
2. art. 65 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, poprzez błędne dokonanie wykładni oświadczenia woli (treści pełnomocnictwa);
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie;
4. z ostrożności procesowej – art. 26 ust. 3 ustawy, Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictw w oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii, jak również bezpodstawnego wzywania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictw pismem z 19 listopada 2010 r.

Odwołujący wskazał, że w dniu 19 listopada 2010 r. został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, w tym pełnomocnictwa dla Lope S. G. wystawionego przez Jose B. M., bowiem z treści dołączonego do oferty dokumentu wynikało, że nie odnosi się ono do prawidłowego trybu (w treści pełnomocnictwa wskazano przetarg nieograniczony, natomiast postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem). Zamawiający zwrócił się również do Odwołującego o uzupełnienie pełnomocnictwa dla spółki SENER Sp. z o.o. – jako Lidera konsorcjum bowiem, jak stwierdził, spółka ta jest liderem i w związku z tym tej właśnie spółce powinno być udzielone pełnomocnictwo.

Odwołujący uzupełnił na wezwanie Zamawiającego wymagane pełnomocnictwa pismem z 8 grudnia 2010 r. Następnie, 20 stycznia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania ze względu na niespełnienie warunków udziału

w postępowaniu, wskazując, że wykluczenie nastąpiło z powodu wadliwych pełnomocnictw. Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu wszystkie pełnomocnictwa winny być dołączane do wniosku w oryginale lub poświadczonych przez notariusza kopii. Tymczasem przedstawione przez Odwołującego pełnomocnictwa są kopiami poświadczonymi przez Odwołującego.

W ocenie Odwołującego czynność wykluczenia go z postępowania była bezpodstawna.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w piśmie z 19 listopada 2010 r. nie kwestionował ani formy złożonych dokumentów, ani tym bardziej tego, kto poświadczał pełnomocnictwa za zgodność z oryginałem. Treść wezwania ograniczała się do sprostowania treści dokumentu pełnomocnictwa oraz uzupełnienia wniosku o pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum. W wezwaniu nie pojawiła się żadna wzmianka dotycząca ewentualnych zastrzeżeń co do formy przedłożonych pełnomocnictw lub sposobu poświadczania ich za zgodność z oryginałem. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazać na braki lub wady złożonych dokumentów, określając przy tym precyzyjnie swoje żądanie, co pozwoliłoby wykonawcy podjąć optymalne działania zabezpieczające go przed wykluczeniem z postępowania. Ponieważ Zamawiający tego nie uczynił, powinien był wezwać ponownie Odwołującego do przedłożenia prawidłowych pełnomocnictw.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, iż ocena pełnomocnictw załączonych do wniosku była błędna, a wezwanie do ich uzupełnienia bezpodstawne.

Fakt, że w treści dołączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumencie pełnomocnictwa wskazano przetarg nieograniczony zamiast negocjacji z ogłoszeniem nie uzasadniał – w ocenie Odwołującego – tezy o wadliwym pełnomocnictwie. Literalna wykładnia zawartego w dokumencie oświadczenia woli ujawnia cel wystawienia tego dokumentu oraz fakt umocowania pełnomocnika do działania w imieniu swojego mocodawcy właśnie w tym, a nie innym postępowaniu. Odwołujący powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95 (OSNC z 1995 r. Nr 12, poz. 168), w której stwierdzono, że: *reguły interpretacyjne grupują się wokół dwóch respektowanych przez prawo cywilne wartości. Są nimi z jednej strony wola (intencja) osoby dokonującej czynności prawnej, z drugiej natomiast zaufanie, jakie budzi złożone oświadczenie woli u innych osób. (...) sens oświadczenia woli ustala się mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami. Oznacza to, że uznaje się za wiążący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Decydująca jest zatem rzeczywista wola stron.(...).* W razie ustalenia, że były

to te same treści myślowe, pojmowany zgodnie sens oświadczenia woli trzeba uznać za wiążący. Jeżeli chodzi o oświadczenia woli ujęte w formie pisemnej, czyli wyrażone w dokumencie, to sens tych oświadczeń ustala się, przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. (...) Uwzględnieniu podlegają również okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, o ile dokument obejmuje takie informacje, a także cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień.

Odwołujący podniósł, że pełnomocnictwo zostało udzielone pomiędzy terminem opublikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wskazano w nim nazwę postępowania, a pełnomocnictwo obejmowało umocowanie do podpisania i złożenia wniosku o dopuszczenie od udziału w postępowaniu. Wobec powyższego zamieszczenie w treści pełnomocnictwa wyrazów *przetarg nieograniczony* należało uznać za zwykłą omyłkę pisarską, która pozostaje bez wpływu na skuteczność i ważność pełnomocnictwa.

Zdaniem Odwołującego również wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictw dla SENER Sp. z o.o., jako lidera konsorcjum było bezpodstawne. Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie utożsamiał pełnomocnika wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia z liderem konsorcjum. Wskazał, że ustawa Pzp nie posługuje się pojęciem *lider* ani nie wprowadza obowiązku ustanawiania lidera konsorcjum pełnomocnikiem. Ponieważ do pełnomocnictwa stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, tylko i wyłączenie ograniczenia płynące z przepisów w nim zawartych mogą ograniczać wykonawców, co do wyboru pełnomocnika. Tym samym pełnomocnikiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być osoba fizyczna lub osoba prawna, jednostka wchodząca w skład organizacyjny wykonawcy, jak i wywodząca się spoza tego składu.

W związku z powyższym wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictw było – zdaniem Odwołującego – bezpodstawne, chyba że Zamawiający chciałby zakwestionować sposób poświadczania przez Wykonawcę pełnomocnictw – w takim wypadku musiałby jednak przedstawić Odwołującemu swoje żądanie. Nieprawidłowe jest ograniczenie wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa z powodu jego rzekomo błędnej treści, a następnie, po przedstawieniu dokumentu w identycznej formie, wykluczenie z postępowania z powodu błędnego poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentu pełnomocnictwa.

Odwołujący podniósł ponadto, że niezależnie od kwestii prawidłowości wezwania do uzupełnienia pełnomocnictw i prawidłowości uzupełnionych dokumentów, niedopuszczalne było wykluczenie Odwołującego ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy Pzp zawierają zamknięty katalog podstaw wykluczenia

wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a stosowanie wykładni rozszerzającej tych podstaw, a tym bardziej stosowanie przesłanek nieprzewidzianych w ustawie, jest nieuprawnione. Żaden przepis ustawy Pzp (w tym art. 24 ust. 2 pkt 4) nie daje bowiem podstawy do wykluczenia wykonawcy z powodu błędów w przedłożonych pełnomocnictwach – legitymowanie się pełnomocnictwem i jego dołączenie do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty nie jest warunkiem udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, przedłożone przez niego pełnomocnictwa są obarczone jedynie błędem formalnym, który nie może skutkować wykluczeniem go z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenia czynności badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem VI.3.4 ogłoszenia o zamówieniu, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z wnioskiem wszystkich niezbędnych pełnomocnictw. *Wszystkie pełnomocnictwa składane we wniosku powinny być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza.* W punkcie VI.3.7 ogłoszenia Zamawiający zapisał, że dokumenty wymagane wraz z wnioskiem mogą być składane w formie oryginału lub kopii. Kopia musi być poświadczona przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem (z wyjątkiem pełnomocnictw, które powinny być wystawione w oryginale, zgodnie z punktem VI.3.4 ogłoszenia).

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jako członków konsorcjum ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia wskazano: SENER Sp. z o.o., SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. oraz DURO FELGUERA S.A. z siedzibą w Oviedo. Wg informacji we wniosku liderem konsorcjum jest SENER Sp. z o.o.

Do wniosku załączone zostały dokumenty potwierdzające niepodleganie wykluczeniu z postępowania przez poszczególne spółki wchodzące w skład konsorcjum, w tym przez DURO FELGUERA S.A.

Ponadto przedłożono pełnomocnictwa mające potwierdzić umocowanie pana Lope S. G. reprezentującego spółkę SENER Sp. z o.o. do złożenia w imieniu konsorcjum wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj.:

- 1) pełnomocnictwo z 14 października 2010 r. udzielone w imieniu SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. W treści pełnomocnictwa wskazano, że obejmuje ono umocowanie do działania *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie przez Elektrociepłownię Stalowa Wola S.A. zamówienia na Budowę bliku gazowo-parowego o mocy około 400 MWe z członem ciepłowniczym w Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A. (...) – str. 152-153 wniosku;*
- 2) pełnomocnictwo z 14 października 2010 r. udzielone w imieniu DURO FELGUERO ENERGIA z siedzibą w Gijón, do reprezentowania *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na udzielenie przez Elektrociepłownię Stalowa Wola S.A. zamówienia na Budowę bliku gazowo-parowego o mocy około 400 MWe z członem ciepłowniczym w Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A. (...) str. 181-182 wniosku;*

Powyższe pełnomocnictwa zostały przedłożone w formie oryginałów (które zostały okazane przez Zamawiającego podczas rozprawy).

W dniu 19 listopada 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów i wyjaśnień. W wezwaniu Zamawiający wskazał, w odniesieniu do pełnomocnictw, że:

- 1) Postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem, natomiast pełnomocnictwo na str. 152-153 wniosku odnosi się do przetargu nieograniczonego – pkt 1.1. wezwania;
- 2) Odwołujący nie załączył do wniosku dokumentu potwierdzającego informację, że SENER Sp. z o.o. jest liderem konsorcjum, tj. umocowania do działania wystawionego przez SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. oraz DURO FELGUERA S.A. – pkt 1.6 wezwania;
- 3) W pełnomocnictwie na str. 151-152 wniosku jako członek konsorcjum występuje DURO FELGUERO ENERGIA z siedzibą w Gijón, pełnomocnictwo na str. 181-182 wniosku udzielone jest w imieniu DURO FELGUERO ENERGIA z siedzibą w Gijón, natomiast we wszystkich dokumentach wniosku jako członek konsorcjum wskazana jest spółka DURO FELGUERA S.A. z siedzibą w Oviedo – pkt 1.9 wezwania.

Zamawiający zamieścił w wezwaniu pouczenie o treści: *powyższe uzupełnienie i wyjaśnienie do wniosku z dnia 14.10.2010 r. musi być podpisane zgodnie z zasadą reprezentacji albo przez osobę/osoby prawidłowo upoważnione posiadające stosowne pełnomocnictwo oraz złożone zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt VI.3.6 i VI.3.7 ogłoszenia.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył:

- 1) Pełnomocnictwo z 14 października 2010 r. wystawione w imieniu SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. dla lidera konsorcjum – SENER Sp. z o.o.;
- 2) Pełnomocnictwo z 14 października 2010 r. wystawione w imieniu DURO FELGUERA S.A. z siedzibą w Oviedo dla lidera konsorcjum – SENER Sp. z o.o.

Powyższe pełnomocnictwa zostały złożone w formie kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentacji lidera konsorcjum.

Ponadto, w przekazanym Zamawiającemu piśmie Odwołujący potwierdził, że załączone pełnomocnictwa, jak również pozostałe dokumenty i oświadczenia znajdujące się we wniosku wskazują, że członkiem konsorcjum jest spółka DURO FELGUERA S.A. z siedzibą w Oviedo.

W dniu 20 stycznia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, w uzasadnieniu tej czynności wskazując, że *uzupełnione pełnomocnictwa zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez Lope S. G., jednakże to poświadczenie jest również kopią. Ponieważ (...) pełnomocnictwa te nie zostały złożone w oryginale ani też w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, Wykonawca nie spełnił wymagania podanego w ogłoszeniu, w związku z czym Zamawiający wyklucza wykonawcę (...) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z faktem, że Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.*

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oceniając prawidłowość czynności Zamawiającego Izba uwzględniła całokształt okoliczności, które wpłynęły na decyzję o wykluczeniu Odwołującego, nie pomijając kwestii prawidłowości pełnomocnictw załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, bowiem stanowisko Zamawiającego wobec tych właśnie pełnomocnictw uruchomiło procedurę wezwania do uzupełnienia i wywołało ciąg zdarzeń, które skutkowały wykluczeniem z postępowania. Ograniczenie rozpoznania sprawy jedynie do prawidłowości pełnomocnictw uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ze względu na fakt niezaskarżenia czynności wezwania (co podnosił Przystępujący) byłoby nieuzasadnione. Izba stanęła na stanowisku, iż z faktu, że wykonawca uzupełnił na wezwanie zamawiającego

dokumenty, nie można wywodzić, że przyznał on Zamawiającemu rację co do oceny pierwszego pełnomocnictwa. Zrozumiałe jest, że wykonawca, kierując się względami racjonalności i ekonomiki postępowania, uzupełnia dokumenty w kwestionowanym przez Zamawiającego zakresie bez zaskarżania czynności wezwania, licząc na zakończenie w korzystny dla siebie sposób sporu co do poprawności dokumentów (czy też na niedopuszczenie do takiego sporu). To dopiero ocena uzupełnionych dokumentów, jako bezpośrednio wpływająca na sytuację wykonawcy w postępowaniu i na wynik tego postępowania, jest tą czynnością, wobec której wykonawcy – kierując się względami racjonalnego działania – korzystają ze środków ochrony prawnej.

W odniesieniu do pełnomocnictw przedłożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Izba zważyła, co następuje:

Pełnomocnictwa udzielonego w imieniu SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. nie można uznać za wadliwe z tego powodu, że wskazano w nim przetarg nieograniczony jako tryb, w którym prowadzone jest postępowanie. Pełna treść pełnomocnictwa jednoznacznie wskazuje, że obejmuje ono umocowanie do działania w przedmiotowym postępowaniu. W treści pełnomocnictwa prawidłowo wskazano Zamawiającego i nazwę postępowania, nieuzasadnione były więc wątpliwości co do tego, czy pełnomocnictwo upoważnia do występowania w tym, czy w innym postępowaniu.

Niezasadne było również wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictw z uwagi na to, że Odwołujący nie przedłożył dokumentu potwierdzającego umocowanie spółki SENER jako lidera konsorcjum. Z treści załączonych do wniosku pełnomocnictw wynikało bowiem ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania wykonawców, co było realizacją obowiązku wynikającego z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp (pełnomocnictwa te nie były prawidłowe z powodów opisanych w dalszej części uzasadnienia). Izba podziela stanowisko Odwołującego, że brak jest podstaw do utożsamienia pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z liderem konsorcjum.

Izba nie podzieliła jednak tezy Odwołującego, że brak było podstaw do wezwania go do uzupełnienia pełnomocnictw. Odwołujący całkowicie pominął fakt, że podstawą wezwania było (obok okoliczności opisanych powyżej) wskazanie w pełnomocnictwach jako członka konsorcjum innej spółki niż wykazana we wniosku. Zgodnie z treścią wniosku członkiem konsorcjum jest spółka DURO FELGUERA S.A. z siedzibą w Oviedo i tej spółki dotyczą wszystkie dokumenty przedłożone na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Natomiast w pełnomocnictwach jako członek konsorcjum została wskazana spółka DURO FELGUERO ENERGIA z siedzibą w Gijón. O ile w pełnomocnictwie udzielonym przez SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. wskazanie to można potraktować jako jedynie

informacyjne, to drugie z pełnomocnictw z całą pewnością nie mogło być zaakceptowane przez Zamawiającego – zostało ono wystawione przez osobę działającą w imieniu DURO FELGUERO ENERGIA z siedzibą w Gijón, a więc innej spółki niż będąca członkiem konsorcjum. W związku z powyższym wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia prawidłowych pełnomocnictw było uzasadnione.

Następnie Izba ustaliła, że uzupełnione na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwa, mimo że prawidłowo wskazywały skład konsorcjum i umocowanie do działania w jego imieniu, nie spełniały wymogów w zakresie formy. Wbrew zapisom ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący przedstawił poświadczone przez siebie kopie pełnomocnictw, tymczasem zgodnie z ogłoszeniem jedyną dopuszczalną kopią była kopia poświadczona notarialnie.

Ponieważ Odwołujący był już raz wezwany do uzupełnienia dokumentów, a w wezwaniu tym Zamawiający nie pominął żadnych istotnych elementów i wytycznych, to niemożliwie jest wezwanie powtórne. W świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem, niemożliwe jest dwukrotne zastosowanie procedury określonej w ww. przepisie. Wady dokumentów przedstawionych na wezwanie zamawiającego ostatecznie przesądzą kwestię dalszego udziału w postępowaniu. Ponowne wezwanie należy uznać za dopuszczalne (a nawet konieczne) wyłącznie w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu Zamawiający nie wskazał precyzyjnie braków w złożonych dokumentach, co jednak w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Bezpodstawne było twierdzenie Odwołującego, że wezwanie z 19 listopada 2010 r. było wadliwe i powinno zostać powtórzone ze względu na fakt, że Zamawiający zaniechał wskazania na niewłaściwą formę pełnomocnictw. Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw odnosić się w wezwaniu do formy pełnomocnictw, gdyż zostały one przedłożone w oryginale (Zamawiający okazał na rozprawie oryginały dokumentów), czyli zgodnie z wymaganiem określonym w ogłoszeniu. Niczym nieuzasadnione jest więc czynienie Zamawiającemu zarzutu z faktu niewskazania nieistniejącego błędu. Zauważyć również należy, że w treści wezwania zawarte zostało pouczenie o konieczności przedstawienia dokumentów w formie zgodnej ze stosownymi postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu.

W związku z powyższym dokonana przez Zamawiającego ocena, iż Odwołujący na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie uzupełnił prawidłowych pełnomocnictw, była uzasadniona. Niemniej jednak brak było podstaw do dokonania czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający błędnie utożsamiał wadliwe pełnomocnictwa z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu, tymczasem są to dwie odrębne kwestie wywołujące różne skutki. Warunki udziału w postępowaniu określa art. 22 ust. 1 ustawy Pzp,

pełnomocnictwo natomiast przesądza o skuteczności złożenia oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oferta złożona bez należytego umocowania podlega odrzuceniu, ustawa Pzp nie przewiduje jednak takiej instytucji w odniesieniu do wniosków. W związku z powyższym należy uznać, że wniosek złożony bez prawidłowego umocowania jest prawnie bezskuteczny, co uniemożliwia dalszy udział w postępowaniu. Wykonawca, który złożył taki wniosek, nie powinien być zaproszony do złożenia oferty.

Mimo że wady pełnomocnictwa nie uzasadniały wykluczenia wykonawcy z postępowania, ale – jak wskazano powyżej – niezaproszenie do złożenia oferty, to ten błąd Zamawiającego, jako niemający wpływu na wynik postępowania, nie mógł stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Skład orzekający Izby:

.....