

WYROK

z dnia 22 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo
Małgorzata Rakowska
Ewa Rzońca**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2012 r. przez wykonawcę

LOCO A..... S..... S..... S..... Sp. jawna ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz

w postępowaniu prowadzonym przez

Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Datacom System S.A. ul. Taborowa 10, 02-699 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża LOCO A.... S..... S..... S..... Sp. jawna ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez LOCO A..... S..... S..... S..... Sp. jawna ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający – Narodowy Bank Polski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę urządzeń mikrokomputerowych dla jednostek organizacyjnych NBP z usługą instalacji oprogramowania” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 sierpnia 2012 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2012/S 164-272576, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9 listopada 2012 r. odwołujący – LOCO A..... S..... S..... S..... Sp. jawna wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania w części I, podczas gdy zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do przedłożenia niewadliwego pełnomocnictwa udzielonego przez Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. P..... S..... do podpisania zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia także zasobów finansowych, czym zamawiający naruszył również art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty odwołującego w części I, w konsekwencji błędnego przyjęcia, iż istnieją podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezastosowanie dyspozycji tego przepisu i zaniechanie ustawowego obowiązku wezwania odwołującego do złożenia niewadliwego pełnomocnictwa w części I postępowania, udzielonego przez Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. P..... S..... do podpisania zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia także zasobów finansowych,

4. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę oferty złożonej przez wykonawcę Datacom System S.A. poprzez przyjęcie, iż brak jest przesłanek obligujących zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i pkt 10-11, względnie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy

Datacom System S.A. do złożenia dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego w prawidłowym zakresie, zgodnym z brzmieniem rozdziału IX pkt B ppkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 5. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezastosowanie tego przepisu w stosunku do oferty odwołującego i przyjęcie, że oferta odwołującego nie podlega ocenie (punktacji) ofert oraz w przedmiocie zaniechania czynności dokonania oceny oferty odwołującego na podstawie kryterium oceny ofert określonego w rozdziale XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

6. art. 91 i 92 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty w części I nie będącej najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert określonego w rozdziale XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w konsekwencji błędnego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz uznania, iż oferta wykonawcy Datacom System S.A. nie podlega wykluczeniu z postępowania, a w konsekwencji jego oferta nie podlega uznaniu za odrzuconą,

7. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w przedmiocie działań i zaniechań zamawiającego opisanych wyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty w części I,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty w części I,
3. ponownego badania ofert w części I,
4. wezwania odwołującego do złożenia niewadliwego pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
5. wykluczenia wykonawcy Datacom System S.A. z postępowania w części I, ewentualnie wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia niewadliwych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów wymienionych w rozdziale IX pkt B ppkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
6. ponownego dokonania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego w części I jako oferty nie podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał go do złożenia m.in.: „pisemnego zobowiązania firmy Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. do oddania dla Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, podpisanego przez osobę/y upoważnione do reprezentacji tego podmiotu, 3) pisemnego zobowiązania firmy Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. do oddania dla Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, w postaci zdolności

finansowej, na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, podpisanego przez osobę/y upoważnione do reprezentacji tego podmiotu”. W odpowiedzi odwołujący złożył zobowiązanie Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z 28 września 2012 r. do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów przy wykonaniu zamówienia to jest: wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji finansowej potwierdzających spełnianie warunków w ww. zakresach podpisany przez P..... S..... oraz pełnomocnictwo dla P..... S..... z 28 września 2012 r. obejmujące umocowanie do samodzielnego dokonywania następujących czynności: „udostępnienia wykonawcom w Przetargu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia w Przetargu”.

Zamawiający pismem z 31 października 2012 r. zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go w części I postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzuceniu jego oferty w części I na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniając, że dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej złożył on jedynie opinię bankową wystawioną przez bank prowadzący rachunek Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., nie załączył jednak dokumentu, z którego wynikałoby zobowiązanie Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów finansowych na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca złożył pełnomocnictwo Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z 28 września 2012 r. dla P..... S..... Dokument ten obejmuje umocowanie do określonych czynności, wśród których nie ma umocowania do udostępnienia wykonawcom niezbędnych zasobów finansowych na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia, a tylko do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz pisemne zobowiązanie udostępnienia przez Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. dla LOCO A..... S..... S..... S..... Sp. jawna wiedzy i doświadczenia potwierdzających spełnienia warunku w zakresie sytuacji finansowej, potwierdzającej spełnienie warunku w zakresie: dla części I zamówienia posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 2.000.000 PLN wystawione z datą 28 września 2012 r. i podpisane przez P..... S..... Zatem dokument ten został podpisany przez osobę nieupoważnioną do podpisywania w imieniu Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. zobowiązania do udostępniania zasobów finansowych. Zgodnie z wymaganiem określonym w rozdziale IX pkt. A.3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, w szczególności jest obowiązany przedstawić pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, podpisane przez osobę/y upoważnione do reprezentacji tego

podmiotu. Z uwagi na powyższe należy uznać, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 1, 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem odwołującego czynności zamawiającego są wadliwe. Bezsporne jest, iż odwołujący przedłożył wadliwe pełnomocnictwo, bowiem nie upoważniało ono P..... S..... do reprezentowania Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia przez ten podmiot zasobów finansowych. Bezsporne jest też, iż w wezwaniu do uzupełnienia zamawiający nie wzywał odwołującego do przedłożenia pełnomocnictwa, bowiem wezwanie ograniczało się do przedłożenia pisemnego zobowiązania Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. Bezsporne jest także, iż P..... S..... nie jest ujawniony w KRS Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. jako osoba upoważniona do reprezentacji spółki i jego reprezentacja odbywa się wyłącznie w oparciu o pełnomocnictwo udzielone przez osoby wpisane do KRS, w zakresie określonym w tym pełnomocnictwie. Bezsporne jest także, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył pełnomocnictwa lub albo który złożył wadliwe pełnomocnictwo do jego złożenia w wyznaczonym terminie.

Zatem zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do obligatoryjnego wezwania odwołującego do złożenia pełnomocnictwa, gdyż pełnomocnictwo z 28 września 2012 r. dla P..... S..... było wadliwe. Zamawiający nie wzywał w piśmie z 19 października 2012 r. do przedłożenia pełnomocnictwa, wobec czego obligatoryjnie zamawiający jednokrotnie wzywa do złożenia pełnomocnictwa, skoro złożone przez odwołującego było wadliwe i nie zachodziły przesłanki wyjątkowe wykluczające wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z treści tego przepisu wynika wprost, że na gruncie przedmiotowej sprawy, jeśli osoba występująca w imieniu podmiotu udostępniającego określone zasoby nie złożyła pełnomocnictwa upoważniającego ją do reprezentowania Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. lub złożyła wadliwe, to zamawiający zobligowany jest do wezwania odwołującego do złożenia takiego pełnomocnictwa i dopiero bezskuteczny upływ zakreślonego terminu skutkuje wystąpieniem negatywnych konsekwencji w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przepis ten ma zastosowanie na każdym etapie postępowania, również w stosunku do czynności złożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, gdyż stan niezłożenia niewadliwego pełnomocnictwa zaktualizował się dopiero 24 października 2012 r. Zamawiający bezzasadnie zastosował przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Okoliczności wystawienia pełnomocnictwa powinny wzbudzić wątpliwości, czy faktycznie P..... S..... jest osobą nieupoważnioną do reprezentowania Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w zakresie objętym zobowiązaniem podmiotu do udostępnienia zasobów, czy tylko nie

zostało dołączone właściwe pełnomocnictwo, czym innym jest bowiem stan umocowania danej osoby do reprezentowania podmiotu w danym zakresie, a czym innym złożenie właściwego dokumentu pełnomocnictwa.

Poza tym, zdaniem odwołującego, zamawiający w sposób nieprawidłowy przeprowadził badanie i ocenę oferty złożonej przez Datacom System S.A. ze względu na zaniechanie ustalenia, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i pkt 10-11 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym jego oferta powinna być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w rozdziale IX pkt B ppkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zażądał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i pkt 10-11 ustawy Prawo zamówień publicznych wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Tymczasem w ofercie Datacom System S.A. złożone zostały informacje z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzające niekaralność jedynie w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, a nie uwzględniające art. 24 ust. 1 pkt 10-11 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem Datacom System S.A. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia go z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co obligowało zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i pkt 10-11, względnie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznania oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie do wezwania Datacom System S.A. do złożenia dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego w prawidłowym zakresie.

W konsekwencji powyższego zamawiający naruszył art. 91 i 92 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Datacom System S.A. w części I, która to oferta nie powinna być zostać uznana za najkorzystniejszą oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców na etapie badania i oceny ofert.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia Datacom System S.A. – faktycznie zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby dokument na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu obejmował również zdarzenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak ze względu na fakt, iż rozporządzenie 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 nie zostało zmienione i nie uwzględnia okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11, zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną na stronie internetowej dokumentem, którego zamawiający może obecnie żądać w celu weryfikacji ww. okoliczności, jest oświadczenie wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia.

Poza tym z przepisów dotyczących informacji gromadzonych przez zasoby Krajowego Rejestru Karnego (ustawa z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym) w przypadku, gdy dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją „NIE FIGURUJE”. Natomiast gdy osoba składająca zapytanie do Rejestru będzie zarejestrowana w KRK, Rejestr nie opatrzy wniosku adnotacją „NIE FIGURUJE”, lecz „Informacja w załączeniu”. Przy tak sformułowanej adnotacji konieczne jest określenie zakresu informacji, gdyż Rejestr wyda wydruk z adnotacją „figuruje/nie figuruje w Kartotece Karnej w podanym zakresie”. Odpowiedzialność za złożenie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego ponosi wykonawca, jeżeli odwołujący kwestionuje aktualność informacji z Rejestru, musi wykazać, iż stan faktyczny jest inny niż zadeklarowany i wykazany przez Datacom System S.A.

Tym samym dokumenty złożone przez Datacom System S.A. na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z tytułu wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych są poprawne i nie mogą budzić żadnych wątpliwości.

Co do zarzutu zaniechania wezwania do złożenia niewadliwego pełnomocnictwa dla P..... S....., odwołujący formułuje żądanie niemożliwe do spełnienia przez zamawiającego. Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w szczególności w zakresie posiadania zdolności finansowej do wykonania zamówienia. W związku z faktem, iż w ofercie odwołujący posłużył się opinią bankową wystawioną dla Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia pisemnego zobowiązania Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. do oddania zasobów finansowych zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. W odpowiedzi odwołujący złożył zobowiązanie podmiotu Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów przy wykonaniu zamówienia, tj. wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji finansowej podpisany przez P..... S..... oraz pełnomocnictwo dla P..... S..... obejmujące umocowanie do samodzielnego dokonywania przez tę osobę m.in. następujących czynności: „udostępnienia wykonawcom w Przetargu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia w Przetargu”.

W związku z faktem, iż zobowiązanie zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną, zamawiający wykluczył odwołującego z części I postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie zamawiającego złożenie dokumentu przez rzekomego pełnomocnika (*falsus procurator*) na gruncie przepisów ustawy zrównane jest z niezłożeniem dokumentów, tym samym wezwanie do uzupełniania pełnomocnictwa w zakresie czynności, której pełnomocnik nie mógł dokonać, będzie kolejną próbą uzupełnienia dokumentu, a podwójnemu uzupełnieniu dokumentu sprzeciwia się treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W niniejszej sprawie dokumentem w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest pisemne zobowiązanie wynikające z treści art. 26 ust. 2b ustawy wraz z pełnomocnictwem do podpisania tego zobowiązania. Zobowiązanie do udostępnienia potencjału finansowego zostało złożone w niniejszym przypadku przez P..... S..... działającego we własnym imieniu, a nie przez pełnomocnika Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. To na wykonawcy w postępowaniu spoczywa obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, poprzez wspólnie ubieganie się o udzielenie zamówienia lub poprzez korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. Zgodnie z treścią art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego przedsiębiorca występujący w obrocie dochowuje najwyższej staranności, tym samym to na odwołującym spoczywał obowiązek zweryfikowania, czy osoba podpisująca zobowiązanie miała umocowanie w tym zakresie. Skoro odwołujący przekazał zamawiającemu dokument wadliwy, to nie dochował należytej staranności i swoimi zaniechaniami próbuje obarczyć zamawiającego.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Datacom System S.A., który przedstawił argumentację analogiczną do zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (dokonane czynności i treść złożonych dokumentów) nie jest sporny pomiędzy stronami.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa Izba stwierdziła, że zarzut ten się nie potwierdził.

W ramach wymaganych warunków udziału w postępowaniu, w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, zamawiający wskazał, iż dla części I zamówienia wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 2.000.000 PLN. W tym celu miał przedstawić informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył taką informację z banku jedynie dla Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. jednocześnie wskazując w ofercie, że spółkę tę przewiduje na podwykonawcę zamówienia w zakresie serwisu. W ramach wykazu wykonanych prac przedstawił też prace zrealizowane przez Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. Do oferty nie załączył jednak zobowiązania tej spółki do udostępnienia jej zasobów.

W związku z powyższym zamawiający wystosował do odwołującego wezwanie, w którym wskazał na powyższe okoliczności oraz poinformował, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu lub zdolnościach finansowych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, jednakże zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, składając w szczególności w tym celu pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania tych podmiotów. Zamawiający wezwał też odwołującego do złożenia: 1) pisemnego zobowiązania Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, podpisanego przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentacji tego podmiotu, 2) pisemnego zobowiązania Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci zdolności finansowej na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, podpisanego przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentacji tego podmiotu oraz innych dokumentów (nieistotnych dla niniejszej sprawy).

Odwołujący przedłożył zamawiającemu żądane zobowiązanie Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. obejmujące w jednym dokumencie zarówno wiedzę i doświadczenie oraz zasoby finansowe, podpisane przez P..... S....., załączając jednocześnie pełnomocnictwo dla pana S..... udzielone specjalnie dla potrzeb niniejszego postępowania („Przetarg”). Z treści tego pełnomocnictwa wynika, iż obejmuje ono umocowanie do samodzielnego dokonywania „wskazanych poniżej czynności: 1) udostępnienia wykonawcom w Przetargu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia w Przetargu; 2) składania wykonawcom ofert na świadczenia związane z

wykonaniem przedmiotu zamówienia w Przetargu; 3) prowadzenia negocjacji dotyczących warunków umowy podwykonawczej na realizację zamówienia w zakresie objętym ofertą Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.; 4) poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. Wszystkie powyższe dokumenty i działania muszą być wykonywane zgodnie z obowiązującym prawem i wewnętrznymi regulacjami obowiązującymi w korporacji Hewlett-Packard.”

Z powyższego stanu faktycznego wynika więc jednoznacznie, że zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał odwołującego – zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych – do przedłożenia pisemnego zobowiązania Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. do oddania odwołującemu do dyspozycji zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz zdolności finansowej na potrzeby przedmiotowego zamówienia, podpisanego przez osobę lub osoby upoważnione do reprezentowania tych podmiotów. Należy przy tym zauważyć, że zamawiający podkreślił konieczność, aby zobowiązania były „podpisane przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentacji tego podmiotu” poprzez wyboldowanie tej informacji.

Jest to zwykłe i oczywiste wymaganie wynikające z zasad prawa cywilnego, zgodnie z którymi tylko osoba upoważniona do reprezentacji danego podmiotu może zaciągnąć w jego imieniu zobowiązanie. Z drugiej strony – w odniesieniu do treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych – zobowiązanie podmiotu trzeciego można uznać za udowadniające dysponowanie zasobem wyłącznie, jeśli skutecznie zobowiązuje ono podmiot trzeci, czyli m.in. jest podpisane przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu tego podmiotu. W przypadku działania przez pełnomocnika to pełnomocnictwo „udowadnia”, że dana osoba jest osobą upoważnioną do reprezentacji. Tym samym odwołujący prawidłowo odczytał wezwanie zamawiającego, iż zobowiązanie należy przedstawić wraz z pełnomocnictwem dla pełnomocnika to zobowiązanie podpisującego – bowiem samo pełnomocnictwo zamawiającemu przedstawił.

Na gruncie prawa cywilnego nie ma również wątpliwości, że pełnomocnik posiada tylko taki zakres umocowania, jaki nadał mu mocodawca. W przypadku pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej, zakres umocowania określony jest łatwą do ustalenia treścią pełnomocnictwa, więc jakakolwiek argumentacja o pozapisemnym zakresie umocowania nie wynikającym z przedstawionego pełnomocnictwa nie zasługuje na akceptację. Należy też zwrócić uwagę, że takowe pisemne pełnomocnictwo było konieczne w niniejszym postępowaniu na gruncie zasady pisemności wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego, tj. przy wymogu pisemności zobowiązania również

pełnomocnictwo musi być udzielone w tej samej formie. I takie też pisemne pełnomocnictwo zostało udzielone i przedstawione zamawiającemu.

Z przedmiotowego pełnomocnictwa dla P..... S..... wynika jednak jednoznacznie, że w zakresie udostępnienia wykonawcom zasobów Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., pełnomocnik mógł udostępnić jedynie zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym pełnomocnik w sposób wyraźny przekroczył zakres umocowania – czyli innymi słowy – zobowiązanie do udostępnienia zasobów finansowych nie zostało podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentacji tego podmiotu. Zatem wykonawca nie przedstawił zamawiającemu wymaganego przez niego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów „pisemnego zobowiązania firmy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. do oddania dla Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, w postaci zdolności finansowej, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, podpisanego przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentacji tego podmiotu”, czyli nie uzupełnił prawidłowo wymaganego dokumentu.

W tym miejscu należy przyznać rację zamawiającemu, że wzywając odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa w brakującym zakresie byłoby postacią ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentu w zakresie zobowiązania do udostępnienia przez Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. swojej zdolności finansowej – można by też zadać pytanie, czy błędne jest pełnomocnictwo (a trudno w ogóle mówić tu o jego błędzie czy wadzie dotyczącej zakresu umocowania, gdyż to wola mocodawcy określa jego ramy, a jest ona jednoznaczna), czy też samo zobowiązanie, które *de facto* należałoby konwalidować. Przy tym z art. 104 w zw. z art. 103 Kodeksu cywilnego wynika, że jednostronna czynność prawna dokonana bez umocowania lub z jego przekroczeniem jest nieważna, chyba że zamawiający zgodziłby się na taką konwalidację, ale byłoby to już kolejne uzupełnienie czynności (wyrażonej dokumentem).

I należy tu podkreślić, iż przy uzupełnianiu dokumentów w ogóle nie przedłożonych zamawiającemu wraz z ofertą czy wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu obowiązuje zasada, iż w ramach uzupełnienia muszą być one od razu uzupełnione poprawnie – tylko przy dokumentach, które zamawiający już posiada, może on wskazać zauważone w nich wady. Nie może być tak, iż wykonawca najpierw uzupełnia „brak” owych dokumentów w ogóle, a dopiero potem – już w uzupełnionych – ich „wady”.

Nie potwierdził się również zarzut zaniechania wezwania przez zamawiającego wykonawcy Datacom System S.A. do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu tej spółki.

Bezsporne jest, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądał od wykonawców przedstawienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie

określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i pkt 10-11 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na obecnym etapie postępowania ocena tego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest spóźniona i – wobec treści informacji z Krajowego Rejestru Karnego przedstawionych przez przystępującego – zbędna.

Przystępujący przedstawił bowiem takie informacje na urzędowym wzorze formularza wniosku o udzielenie informacji o osobie z adnotacją (pieczęcią) Krajowego Rejestru Karnego o treści „NIE FIGURUJE”. Co prawda w samym wniosku rzeczywiście określił zakres informacji jako art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak odpowiedź – która jest tu istotna – została udzielona w zakresie szerszym niż samo zapytanie. Jak wynika bowiem z treści § 11 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. *w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym*, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, są zgromadzone w Rejestrze, informacji o osobie z Rejestru udziela się na formularzu, o którym mowa w § 10 pkt 2 tego rozporządzenia, a do informacji załącza się nadesłane zapytanie lub wniosek, natomiast jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją „NIE FIGURUJE”. Tym samym zamawiający uzyskał pełen zakres informacji dotyczących przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 10-11 ustawy Prawo zamówień publicznych (w uproszczeniu, ponieważ rzeczywiście – na co wskazywał przystępujący – nie wszystkie te przepisy odnoszą się do rodzaju spółki przystępującego) i nie ma on potrzeby wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu.

Pozostałe zarzuty związane z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 i 92 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych są jedynie zarzutami pobocznymi i wynikającymi z zarzutów powyższych, zatem wobec ich niepotwierdzenia się, również one się nie potwierdziły. Powołanie się na art. 89 ust. 1 pkt 5 zamiast na art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest jedynie niewielkim uchybieniem, które nie ma praktycznego znaczenia dla postępowania, gdyż oba te przepisy wywołują ten sam skutek.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 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).

Przewodniczący:

.....

.....