

Sygn. akt: KIO 1406/15

WYROK
z dnia 14 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lipca 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 lipca 2015 r.** przez wykonawcę: **Vitkovice Milmet Spółka Akcyjna, ul. Gen. Stefana Grota- Roweckiego 130, 41-200 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o. o. w Częstochowie, Al. Niepodległości 30, 41-200 Częstochowa**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. (Lider); 2) Gascontrol Polska Sp. z o.o. (Partner), ul. Pszczyńska 60, 43-267 Suszec z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Pyskowicka 31, 41-807 Zabrze** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Vitkovice Milmet Spółka Akcyjna, ul. Gen. Stefana Grota- Roweckiego 130, 41-200 Sosnowiec i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Vitkovice Milmet Spółka Akcyjna, ul. Gen. Stefana Grota-Roweckiego 130, 41-200 Sosnowiec** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Vitkovice Milmet Spółka Akcyjna, ul. Gen. Stefana Grota-Roweckiego 130, 41-200 Sosnowiec** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Sp. z o. o. w Częstochowie, Al. Niepodległości 30, 41-200 Częstochowa** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup i dostawa paliwa metanowego do napędu ekologicznych autobusów hybrydowych z silnikiem na gaz ziemny (CNG) oraz innych pojazdów wraz z budową ogólnopolskiej stacji tankowania na terenie MPK w Częstochowie sp. z o. o.” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 081-144650 z 25.04.2015 r., przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o. o. w Częstochowie, Al. Niepodległości 30, 41-200 Częstochowa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 24.06.2015 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Firm: 1) Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. (Lider); 2) Gascontrol Polska Sp. z o.o. (Partner), ul. Pszczyńska 60, 43-267 Suszec z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Pyskowska 31, 41-807 Zabrze zwane dalej: „Konsorcjum GZOG” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Vitkovice Milmet Spółka Akcyjna, ul. Gen. Stefana Grota-Roweckiego 130, 41-200 Sosnowiec zwane dalej: „Vitkovice Milmet Spółka Akcyjna” albo „Odwołującym”.

W dniu 03.07.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Vitkovice Milmet Spółka Akcyjna wniosło odwołanie na w/w czynność z 24.06.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.07.2015 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 w zw. z art. 26 ust 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy i/lub odrzucenia jego oferty, względnie zaniechania wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia szeregu dokumentów, a w konsekwencji:

2. art. 90 ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
2. nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu;
3. Zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego z uwzględnieniem

kosztów zastępstwa prawnego na podstawie rachunku złożonego na rozprawie.

Na spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał szeregu dokumentów. Tymczasem w ofercie wybranego wykonawcy:

W zakresie informacji KRK dotyczących członków zarządu wybranego uczestnika konsorcjum firmy GASCONTROL POLSKA sp. z o.o. złożono jedynie informację dla p. M. P. . Tymczasem według załączonego do oferty KRS oraz według KRS z dnia 1.07.2015 r. zarząd tej spółki tworzą również panowie:

- M. M.
- F. S.

W ofercie brak jest stosownych zaświadczeń z KRK dot. tych osób. Zatem wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w tym postępowaniu w zakresie nie podlegania wykluczeniu co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty, względnie wezwaniem do uzupełnienia brakujących dokumentów. W związku z powyższym zarzutem należy przywołać orzeczenia Sądu i Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie wskazujące na bezwzględny wymóg aby stosowne zaświadczenia potwierdzały spełnienie warunku udziału nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert.

Wyrok SO w Warszawie z 29.05.2013 r., sygn. akt: XXIII Ga 683/13: „Treść art. 26 ust 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych wskazuje, że złożone dokumenty na wezwanie zamawiającego, powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.”.

Wyrok KIO z 28.01.2013 r., sygn. akt: KIO 95/13 - *Informacja z Krajowego Rejestru Karnego jako dokument niezbędny do wykazania braku podstaw wykluczenia wykonawcy. Możliwość uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego.*

1/ Wykonawca nie może wykazać braku podstaw do wykluczenia, określonych w art. 24 ust 1 pkt 4-8 lub 9 Pzp., za pomocą innego dokumentu niż aktualna informacja z KRK wystawiona przed upływem terminu składania ofert

2/ Nie ma możliwości wydania informacji z KRK w odniesieniu do konkretnego okresu lub na określony dzień - inny niż dzień wydania tej informacji. Wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów w zakresie informacji z KRK może ją skutecznie uzupełnić jedynie pod warunkiem, że posiada stosowny dokument wydany przed upływem terminu składania ofert

3/ Fakt braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niekaralności powinien być wykazany najpóźniej na dzień składania ofert Skoro przepisy wprost, literalnie określają termin, na jaki dzień ma być aktualny składany dokument, stosowanie wykładni celowościowej jest zbędne.

Wyrok KIO z 28.05.2010 r., sygn. akt: KIO 891/10 - *Niemożliwość uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności w następstwie wezwania przez Zamawiającego.*

Zaświadczenie o niekaralności potwierdza stan na moment jego wystawienia, a zatem niemożliwe jest jego uzyskanie z datą wsteczną.

W zakresie złożonego wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na zlecenie lidera konsorcjum firmy Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa sp. z o.o. należy podnieść, że wystawiona gwarancja ubezpieczeniowa w miejscu podpisu przedstawiciela gwaranta została podpisana przez p. M. D. Kierownika Zespołu Ubezpieczeń. Do tej gwarancji ubezpieczeniowej nie zostały dołączone pełnomocnictwo albo inny dokument wskazujący na właściwe umocowanie do wystawienia takiej gwarancji. Zatem wykonawca nie wykazał się skutecznym wniesieniem wadium, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty. Dokument gwarancji wadialnej nie podlega ani uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu w kontekście art. 26 ust. 3 i 4, czy art. 87 ust 1 Rzp.

Zamawiający w dniu 03.07.2015 r. (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 06.07.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum GZOG zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.07.2015 r. (faxem), a 10.07.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, stwierdził przy tym, że zarzuty są tylko częściowo zasadne. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Zamawiający uznał za uzasadniony jedynie zarzut odnośnie braków w zakresie informacji z KRK odnośnie części z członków zarządu członka konsorcjum Uczestnika postępowania. Zamawiający po otrzymaniu odwołania dokonał ponownej analizy obu złożonych ofert pod tym kątem i stwierdził, że brakami w tym zakresie obarczone są obie złożone oferty (zarówno oferta wybranego Wykonawcy, jak i oferta Odwołującego posiadały braki w zakresie zaświadczeń z KRK odnośnie niektórych członków zarządów). Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający w dniu 7.07.2015 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił do ponownego badania i oceny złożonych ofert. Następnie w tym samym dniu wezwał obu Wykonawców do uzupełnienia dokumentów odnośnie aktualnych informacji z KRK albo równoważnych zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby, której dotyczą. Zamawiający wyznaczył termin do uzupełnienia w/w dokumentów na 10.07.15 r. godz. 15:00. Po upływie w/w terminu Zamawiający oceni uzupełnione dokumenty i podejmie dalsze czynności

zmierzające do oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Jedynie w powyższym zakresie odwołanie było, zdaniem Zamawiającego zasadne.

W odniesieniu do zarzutu drugiego odwołania, wskazać należy, że również ten zarzut dotyczący braku w zakresie złożonych dokumentów (i *de facto* dotyczy także obu Wykonawców). Odwołujący kwestionuje skuteczność wniesionego przez wybranego Wykonawcę wadium z uwagi na niezłączenie do dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej pełnomocnictwa dla osoby, która w imieniu towarzystwa ubezpieczeniowego gwarancję tą podpisywała.

Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie wniesienie wadium nastąpiło w sposób skuteczny. Zauważyć należy bowiem, że na Zamawiającym nie ciążył obowiązek żądania (nie miał także takiego uprawnienia) przedstawienia pełnomocnictwa lub ciągu pełnomocnictw, bądź innego dokumentu, który wskazywałby na właściwe umocowanie podpisującego gwarancję ubezpieczeniową do jej wystawienia, W związku z tym Zamawiający właściwie przyjął, iż nie istniały podstawy do wykluczenia Wykonawcy z przedmiotowego postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Stanowisko takie znajduje potwierdzenie m.in. w orzecznictwie KIO, jako przykład orzeczenia wskazującego na fakt, iż wniesienie gwarancji ubezpieczeniowej bez załączenia ww. pełnomocnictwa stanowi skuteczne wniesienie wadium, wskazać można wyrok KIO z 07.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1101/11), w którym stwierdzono, że: *„(...) jak podnosi się w orzecznictwie, na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych, brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, żądania załączenia do gwarancji (polis) pełnomocnictwa osoby podpisującej gwarancję,”* W przywołanym orzeczeniu zwrócono również uwagę na fakt, iż postanowienia SIWZ nie nakładały na wykonawców wymogów, co do wykazania umocowania osób podpisujących gwarancję ubezpieczeniową, co dodatkowo uniemożliwia Zamawiającemu żądanie tego rodzaju pełnomocnictw od wykonawcy. Zauważyć należy, iż w przedmiotowym postępowaniu postanowienia SIWZ również nie wymagały załączenia do oferty takiego pełnomocnictwa. W związku z tym zarzut Odwołującego jest bezzasadny, a wniesione wadium (w przypadku obu wykonawców) było skuteczne. W przywołanym wyżej orzeczeniu zauważono także, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że istnieją uzasadnione wątpliwości wobec podpisującego, co do jego umocowania do występowania w imieniu gwaranta. Zwrócić należy uwagę, że także w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie uprawdopodobnił tego rodzaju wątpliwości.

KIO orzekła podobnie w wyroku z 04.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1961/09 wskazując, iż: *„Niezasadnym jest zarzut, że brak załączenia, czy sprawdzenia pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ubezpieczeniowe gwarancje wadialne powoduje, że interesy Zamawiającego nie są w pełni zagwarantowane (...). Izba wskazuje, że przepisy*

ustawy Pzp oraz przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie nie dają Zamawiającemu podstaw do żądania złożenia wraz dokumentem gwarancji wadialnej ciągu pełnomocnictw, odpisów KRS, czy też innych dokumentów potwierdzających prawidłowość umocowania osób wystawiających gwarancje wadialne w imieniu towarzystwa ubezpieczeniowego, czy banku.". Izba stwierdziła ponadto, że „Zamawiający działa więc w zaufaniu do złożonych dokumentów i osób je wystawiających i dopóki domniemanie to nie zostanie obalone ma prawo przypuszczać, że dokumenty urzędowe wystawione są w sposób prawidłowy przez umocowane do tego osoby. Podkreślić należy, że Odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia określonych faktów, z których wywodzi tak daleko idące skutki prawne w postaci wykluczenia wykonawców z postępowania (art. 6 k.c. oraz art. 188 ust. 1 Pzp) nie przedstawił żadnych dowodów, a nawet nie uprawdopodobnił okoliczności, że osoba wystawiająca przedmiotowe gwarancje ubezpieczeniowe - Pan M. K., nie jest osobą umocowaną do dokonywania tego rodzaju czynności, a jego pełnomocnictwo jest w jakiś sposób ograniczone. W zaistniałym sporze, Zamawiający ma więc prawo uznać, że dokumenty urzędowe gwarancji wadialnych, wystawione na formularzu firmowym towarzystwa ubezpieczeniowego w imieniu, którego działa Pan M. K. są podpisane zgodnie z udzielonym tej osobie pełnomocnictwem wskazanym z treści gwarancji. Uwzględniając powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp wskazywanych w treści odwołania.". Jako kolejne orzeczenie potwierdzające zasadność stanowiska Zamawiającego wskazać można wyrok KIO z 11.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1867/09), w którym wskazano, że „na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej żądania załączenia do gwarancji, czy choćby okazania zamawiającemu pełnomocnictwa osoby podpisującej gwarancję czy to w oryginale, czy w kopii.".

KIO analizowała również sprawę konieczności załączenia pełnomocnictwa do gwarancji bankowej. Stanowisko Izby w tym zakresie należy przywołać w tym miejscu w związku z tym, iż może ono zostać zastosowane analogicznie do gwarancji ubezpieczeniowej. Mianowicie, w odniesieniu do konieczności załączenia pełnomocnictwa do gwarancji bankowej, Izba stwierdziła w wyroku z 04.02.2011 r., sygn. akt: KIO 119/11, że „odwołujący nie wziął pod uwagę faktu, iż oprócz zarządu uwidocznionego w dokumentach rejestrowych istnieją instytucje prokury i pełnomocnictw unormowane w przepisach Kodeksu cywilnego. Ponadto klient banku, a także osoby postronne powinny brać pod uwagę domniemanie wyrażone w art. 97 KC, że osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa, Dlatego wykonawca może domniemywać, że osoby wystawiające

opinię bankową w lokalu banku i na odpowiednich formularzach banku są umocowane do wystawienia tego dokumentu, Podobnie jak w wyżej rozpoznawanej kwestii gwarancji bankowej, zamawiający nie ma uprawnień do żądania od wykonawcy, aby złożył on wraz z opinią bankową ciągu pełnomocnictw i odpisu Krajowego Rejestru Sądowego podmiotu wystawiającego opinię potwierdzających prawidłowość umocowania osób wystawiających ten dokument. Ponadto odwołujący nie wskazał zaistnienia żadnych przesłanek, na których podstawie można byłoby wzruszyć domniemanie, że opinia bankowa nie jest wystawiona prawidłowo. W związku z powyższym zamawiający nic miał obowiązku ani uprawnień do wezwania przystępującego do złożenia innej opinii bankowej w trybie art. 26 ust. 3 ZamPublU."

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że zarzut Odwołującego dotyczący braku skuteczności wniesionego przez wybranego Wykonawcę wadium w przedmiotowym postępowaniu jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie. W konsekwencji bezzasadny jest zarzut w zakresie naruszenia przepisów Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy i/lub odrzucenia jego oferty oraz dokonania wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty. W niniejszej sprawie nie było bowiem wymogu załączenia do dokumentu gwarancji pełnomocnictwa osoby uprawnionej do jej podpisania. Odwołujący nie uprawdopodobnił w odwołaniu w jakikolwiek sposób, iż mogły istnieć przesłanki mające wpływ na ważność wydanej gwarancji ubezpieczeniowej.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku uwzględnienia odwołania, ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, oferty Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 24.06.2015 r., załączonych do odwołania - kopii informacji z KRK dla p.

M. P. Prezesa Zarządu partnera Gascontrol Polska Sp. z o.o. – Przystępującego, dwóch wydruków KRS-u Gascontrol Polska Sp. z o.o., kopii wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) Nr 280000107454 z 10.06.2015 r. wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia SA, protokołu Komisji Przetargowej z 06.07.2015 r., zawiadomienia o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – pismo z 07.07.2015 r. oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów z 07.07.2015 r. wystosowanego do Przystępującego w zakresie wynikającym z odwołania oraz Odwołującego w zakresie czterech osób członków zarządu – informacja z KRK.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie - złożony przez Zamawiającego na rozprawie materiał dowodowy odnośnie pierwszego zarzutu – tj. odpowiedź na wezwanie z 07.07.2015 r. – stanowiącą uzupełnienie oferty w terminie wynikającym z wezwania (wpływ do Kancelarii Zamawiającego – 09.07.2015 r.) potwierdzające stan na termin składania ofert (informacje z czeskiego odpowiednik KRK w zakresie p. M. M. oraz F. S. – oryginały wraz z tłumaczeniem). Nadto, Izba dopuściła dowód w postaci wyjaśnienia Odwołującego w kontekście wezwania Zamawiającego (10.07.2015 r.).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów zawartych w odwołaniu dotyczących naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 w zw. z art. 26 ust 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy i/lub odrzucenia jego oferty, względnie zaniechania wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnieni szeregu dokumentów, a w konsekwencji:

2. art. 90 ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, Izba Wskazuje, Izba wskazuje, że z uwagi na przyjętą przez Odwołującego konwencja zostaną one rozpatrzone łącznie, ale z ich podziałem na de facto dwa zarzuty:

Pierwszy dotyczący braku informacji KRK dotyczących członków zarządu wybranego uczestnika konsorcjum firmy GASCONTROL POLSKA sp. z o.o. - złożono jedynie informację

dla p. M. P. . Zgodnie z załączonym do oferty KRS oraz według KRS z dnia 01.07.2015 r. zarząd tej spółki tworzą również panowie:

- M. M.
- F. S. . W ofercie brak jest stosownych zaświadczeń z KRK dla tych osób.

Drugi dotyczący braku dołączenia do gwarancji ubezpieczeniowej wadialnej przedłożonej wraz z ofertą Przystępującego pełnomocnictwa albo innego dokumentu wskazującego na umocowanie do jej wystawienia dla osoby ją podpisującej.

Wszystkie niniejsze zarzuty generalnie, w ocenie Izby podlegały oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa. Odnosząc się do poszczególnych kwestii spornych w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów. Jednocześnie Zamawiający po wniesieniu odwołania uznał zasadność odwołania w zakresie pierwszego zarzutu, unieważnił pismem z 07.07.2015 r. wcześniejszy wybór oferty najkorzystniejszej z 24.06.2015 r. i wezwał 07.07.2015 r. Odwołującego w zakresie uzupełnienia oferty odnośnie informacji z KRK dla p. M. M. oraz F. S. . Przystępujący uzupełnił stosowne informacje z czeskiego odpowiednik KRK w zakresie p. M. M. oraz F. S. – oryginały wraz z tłumaczeniem) – w dniu 09.07.2015 r.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

W zakresie pierwszego zarzutu, Izba wskazuje za orzecznictwem – wyrok KIO z 06.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1311/11: *„Kwestię odrębną dla rozstrzygnięcia odwołania stanowiłoby natomiast uwzględnienie przez zamawiającego części zarzutów odwołania (tych zasadnych) przy jednoczesnym dokonaniu, a nie tylko deklarowaniu, przez zamawiającego czynności zgodnych z żądaniami odwołania w tym zakresie czy inną likwidacją podnoszonych w odwołaniu naruszeń przepisów.*

W tym zakresie, za uzasadnieniem wyroku Izby z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt. KIO 415/10, wskazać należy, iż ustawa nie nakazuje de lege lata zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w razie uwzględnienie części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający zatem, po ocenie związanego z tym ryzyka, może kontynuować postępowanie, z ograniczeniem wynikającym jedynie z art. 183 ust. 1 ustawy - brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę.

W takim przypadku, tj. przy powtórzeniu czy wykonaniu czynności postulowanych przez odwołującego czy ogólniej rzecz biorąc, zgodnych z prawem - co m.in. wskazała Izby

w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 707/11 - należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na tę chwilę nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie - zarzuty tego typu należałoby pozostawić bez rozpoznania. Ewentualnie, nawet potwierdzenie podtrzymywanych przez odwołującego zarzutów i naruszeń, które nie wywierają już skutków prawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z ich uprzednią sanacją dokonaną przez zamawiającego, nie mogłoby posłużyć uwzględnieniu odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp jako niemające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.”

W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba stoi na stanowisku, że niewątpliwie zasadnym był zarzut Odwołującego, co potwierdza także następcze działanie samego Zamawiającego (brak stosownej informacji w ofercie Przystępującego był okolicznością bezsporną), jednakże ze względu na działanie Zamawiającego, Izba uznała, iż z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, zarzut, czy też stwierdzone naruszenie - podlega oddaleniu, albowiem nie ma wpływu na wynik, jak i brak jest możliwości nakazywania jakiegokolwiek czynności Zamawiającemu. Tym bardziej, skoro Zamawiający wykonał oczekiwaną przez Odwołującego czynność zgodnie z jego żądaniem w tym zakresie zawartym w odwołaniu. Izba podkreśla, że Zamawiający co jest także istotne unieważnił pierwotną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 24.06.2015 r., powyższa okoliczność nie pozostaje bez wpływu na orzeczenie Izby, a jego dalsze działanie miało miejsce w toku otwartej na nowo procedury przetargowej, a nie w toku postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W zakresie drugiego zarzutu, Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego zawarte w dopowiedzi na odwołanie, które uznaje za własne wraz z przytoczonym tam orzecznictwem. Jednocześnie wskazuje dodatkowo na wyrok KIO z 15.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2369/13 zgodnie z którym: „(...) *wbrew stanowisku Odwołującego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma obowiązku załączać do dokumentu gwarancji wadialnej ani pełnomocnictw dla osób, które ją podpisały w imieniu gwaranta, ani dokumentów rejestrowych wykazujących, że takie pełnomocnictwo zostało udzielone przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu. Odwołujący nie wskazał postanowień s.i.w.z., z których wynikałby taki obowiązek. Przede wszystkim w orzecznictwie słusznie wskazuje się, że na gruncie ustawy pzp brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej, żądania załączenia do gwarancji pełnomocnictwa dla osoby podpisującej gwarancję {tak w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 7 czerwca 2011 r., sygn. akt*

1101/11}. Ponieważ ubezpieczyciele i banki prowadzą działalność na dużą skalę zasadą jest, że czynności prawne z klientami są dokonywane za pośrednictwem pracowników tych instytucji czy nawet pośredników. Zarówno klient, jak i osoby postronne powinny brać pod uwagę wynikające z art. 97 Kodeksu cywilnego domniemanie, że osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca ma prawo domniemywać, że osoby wystawiające gwarancję wadialną w lokalu banku czy ubezpieczyciela i na odpowiednich formularzach tej instytucji działają w ramach umocowania do dokonywania tego typu czynności prawnych. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu zaistnienia żadnych przesłanek wzruszających domniemanie, że gwarancja (...) bankowa została wystawiona prawidłowo.”.

Podkreślając także za wyrokiem KIO z 18.03.2015 r., sygn. akt: KIO 398/15:
„W odniesieniu zaś do faktu, że zamawiający wymagał, by z treści gwarancji wynikał sposób reprezentacji gwaranta, Izba stwierdziła, iż taki brak w treści gwarancji - niesporny co do samego faktu - nie powoduje jej nieważności, a tym samym nie powoduje, że wadium zostało wniesione nieskutecznie. Tym samym, pomimo że treść gwarancji nie do końca odpowiada formalnym wymogom zamawiającego uzewnętrznionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie stanowi jednocześnie podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oczywiście jest, że gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego (upelnomocnionego) przedstawiciela gwaranta - zgodnie ze zwyczajem najczęściej jest to pracownik banku lub ubezpieczyciela mający taki zakres obowiązków, a nie członkowie zarządu gwaranta. Tym samym pracownik ten powinien posiadać stosowne pełnomocnictwa. Zamawiający co prawda wskazał na konieczność posiadania umocowań, jednak nie wskazał na konieczność przedstawienia ich wraz z gwarancją - co zdaniem Izby, wobec braku stosowego zwyczaju załączania do gwarancji pełnomocnictw, powinno być wyraźnie wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak brak umocowania osoby podpisującej gwarancję nie był przedmiotem zarzutu (zresztą art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zezwala na uzupełnianie pełnomocnictw nie rozróżniając ich rodzaju). Natomiast samo wskazanie, czy też brak wskazania w treści gwarancji, sposobu reprezentacji gwaranta - w rozumieniu zarówno członków zarządu/prokurentów, jak i ciągu pełnomocnictw od członków zarządu/prokurentów do osoby podpisującej gwarancję - nie ma wpływu na jej ważność i nie ma szczególnej wartości bez zapoznania się z treścią owych pełnomocnictw. Tym samym, jak już wskazano, brak wskazania w treści gwarancji sposobu reprezentacji gwaranta przy braku żądania stosownych pełnomocnictw oraz braku zarzutu co do uprawnień osoby, która gwarancję podpisała, został przez Izbę zakwalifikowany jako brak

formalny nie skutkujący wykluczeniem wykonawców z postępowania ze względu na to, że nie wnieśli oni wadium (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....