

Sygn. akt: KIO 306/16

**WYROK**  
z dnia 14 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2016 r. przez wykonawcę **Ł. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Ł. K., Drog-Bet w Żninie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Żniński, Zarząd Dróg Powiatowych w Żninie**

przy udziale wykonawcy **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Ł. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Ł. K., Drog-Bet w Żninie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ł. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Ł. K., Drog-Bet w Żninie** 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 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Żniński, Zarząd Dróg Powiatowych w Żninie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przebudowa drogi powiatowej nr 2314C Żnin - Janowiec Wlkp. od km 12+675 do km 18+375 dł. 5,7 km, część I od km 14+800 do km 18+375 dł. 3,575 km część II od km 12+675 do km 14+800 dł. 2,125 km”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 stycznia 2016 r., poz. 17912.

W dniu 29 lutego 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Ł. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ł. K., Drog-Bet w Żninie, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu odwołujący wniósł w dniu 3 marca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez jego wadliwe zastosowanie,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwą ocenę najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z czynnością wykluczenia go z postępowania. Nie zgadził się ze stanowiskiem zamawiającego, iż uzupełnione przez odwołującego pełnomocnictwo nie potwierdza umocowania pana K. Z. do reprezentowania podmiotu trzeciego, który udostępnił odwołującemu zasoby wiedzy i doświadczenia oraz potencjał kadrowy, na dzień składania ofert tj. na dzień 10 lutego 2016 roku. Odwołujący podniósł, że w należyty sposób uzupełnił braki wskazane w wezwaniu zamawiającego. Datą, którą opatrzone zostały złożony dokument pełnomocnictwa, jest data jego sporządzenia, a więc dzień 25 lutego 2016 roku. Mylne jest wywodzenie zamawiającego, iż na dzień 10 lutego 2016 roku, w którym to upływał termin składania ofert, odwołujący nie

spełniał warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, iż daty sporządzenia dokumentu nie można utożsamiać z datą posiadanych uprawnień warunkujących skuteczność udziału w postępowaniu. Przyjąć wobec tego należy, iż data 25 lutego 2016 roku, stanowi datę złożenia oświadczenia wiedzy. Pod tą bowiem datą sporządzono prawidłowe pełnomocnictwo i nie jest uprawnionym twierdzenie zamawiającego, iż odwołujący nie spełniał warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu pod datą 10 lutego 2016 roku. Skoro bowiem zamawiający określił termin do uzupełnienia braków do dnia 29 lutego 2016 roku, to do tej daty odwołujący uprawniony był do złożenia i doręczenia zamawiającemu stosownych dokumentów, co uczynił. Nie budzi wątpliwości, iż zamawiający, w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia oświadczeń i dokumentów zawierających błędy, co też uczynił. Błędnie natomiast ocenił, iż przez opatrzenie dokumentacji datą z dnia jej sporządzenia, odwołujący nie spełnił warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, pod datą 10 lutego 2016 roku.

Niezależnie od powyższego, w przedmiotowej sprawie, zdaniem odwołującego zastosowanie znajdują również przepisy art. 103 § 1 kodeksu cywilnego. Z treści tego przepisu wynika, że ważność czynności, w sytuacjach tam wskazanych, zależy od potwierdzenia jej przez mocodawcę. Potwierdzenie ma charakter uniwersalny w tym znaczeniu, że obejmuje zarówno formę, jak i termin dokonania czynności oraz przewidziane w niej skutki.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 25 lutego 2016 r. do uzupełnienia przez odwołującego pełnomocnictwa dla Pana K. Z., pismo odwołującego z 26 lutego 2016 r. wraz z pełnomocnictwem firmy Colas Polska dla K. Z. z 25 lutego 2016 r., zawiadomienie zamawiającego z 29 lutego 2016 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron a**

**także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

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

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu, zaś jego oferta – w świetle kryteriów oceny ofert – była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, iż zamawiający wykonał czynność wykluczenia odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa drogi powiatowej nr 2314C Żnin - Janowiec Wlkp. od km 12+675 do km 18+375 dł. 5,7 km, część I od km 14+800 do km 18+375 dł. 3,575 km część II od km 12+675 do km 14+800 dł. 2,125 km”.

Zamawiający w pkt 9.2. SIWZ, stosownie do art. 22 ust. 3 zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in.:

- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 3) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W pkt 9.3.2 SIWZ zamawiający postanowił, że za spełnienie warunku określonego w pkt 9.2.2 Zamawiający uzna wykonanie w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert [a jeżeli okres działalności jest krótszy to w tym okresie] minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi klasy technicznej Z lub wyższej z warstwy ścieralnej SMA na długości ciągłej minimum 6 km wraz z infrastrukturą około drogową (załącznik nr 5 do oferty) – poparte załączonymi do oferty dokumentami (dowodami), że roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (np. poświadczenie).

W pkt 9.3.3. SIWZ zamawiający postanowił, że za spełnienie warunku określonego w pkt 9.2.3 SIWZ uzna dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj.: m.in. Kierownikiem Budowy – (1 osoba), posiadającą uprawnienia i doświadczenie szczegółowo opisane w treści tego postanowienia.

W pkt 9.6. SIWZ zamawiający postanowił, że Wykonawca zobowiązany jest wykazać nie później niż na dzień składania ofert, spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 PZP i braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków o których mowa w art. 24 PZP.

W pkt 9.8 SIWZ zamawiający postanowił, że jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu o których mowa w pkt 9.2 SIWZ, polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy PZP, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Należy je złożyć w oryginale (załącznik nr 8). Wykonawca jest również zobligowany do złożenia dowodów, że osoba podpisująca zobowiązanie, jest uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego.

W pkt 9.11. b. SIWZ zastrzeżono, że Zamawiający wezwie Wykonawców którzy nie złożyli pełnomocnictw lub złożyli wadliwe pełnomocnictwa do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

W pkt 9.12.2 SIWZ zamawiający wskazał, że Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału określonych przez Zamawiającego w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ustalono, że termin składania ofert upłynął w dniu 20 lutego 2016 r. Powyższe ustalono na podstawie pkt 10 protokołu postępowania.

Do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył odwołujący. Celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 9.2.2. SIWZ złożył wykaz robót budowlanych. W wykazie robót budowlanych wymieniono:

- 1) przebudowę drogi powiatowej nr 3897P Kościan-Śrem wykonaną na rzecz Zarządu Dróg Powiatowych w Kościanie przez podmiot trzeci – Colas Polska sp. z o.o.,
- 2) budowę zachodniej obwodnicy miasta Poznania w ciągu S11 na odc. Złotkowo-Autostrada A2, etap II wykonaną na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad przez podmiot trzeci – Colas Polska sp. z o.o.

Celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w pkt 9.2.3. SIWZ odwołujący złożył wykaz osób. W wykazie wymieniono Pana R. B., kierownika budowy, którym odwołujący dysponuje na podstawie pisemnego zobowiązania Colas Polska sp. z o.o.

Do oferty odwołujący załączył także zobowiązanie do oddania odwołującemu zasobu wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego. Dokument zobowiązania podpisał pan K. Z. w imieniu Colas Polska sp. z o.o. w Pałędzie. Do zobowiązania załączono pełnomocnictwo z 2 stycznia 2016 r., w którym zarząd Colas Polska sp. z o.o. udziela panu K. Z. *pełnomocnictwa do podejmowania w imieniu i na rzecz Spółki czynności zwykłego zarządu, w tym do rozporządzania prawami i zaciągania zobowiązań w zakresie działalności gospodarczej Spółki na terenie województw: dolnośląskiego, łódzkiego, małopolskiego, mazowieckiego, opolskiego, pomorskiego, śląskiego, wielkopolskiego, zachodniopomorskiego, w szczególności w zakresie niżej wymienionych czynności:*

1. *reprezentowania Spółki wobec Zamawiających we wszystkich czynnościach wchodzących w zakres postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których wartość składanej przez Spółkę oferty nie przekracza 4.000.000 złotych netto (...).*

Następnie ustalono, że w dniu 25 lutego 2016 r., zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzą prawo pana K. Z. do reprezentowania spółki Colas Polska sp. z o.o. w terminie do 29 lutego 2016 r. Zamawiający wskazał, że z pełnomocnictwa udzielonego przez Colas Polska sp. z o.o. panu K. Z. nie wynika, iż ma prawo reprezentować spółkę w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wartość składanej oferty przekracza 4.000.000 zł netto. Zamawiający wskazał także, że z pełnomocnictwa wynika, iż pan K. Z. nie ma również prawa do podejmowania czynności na terenie województwa kujawsko-pomorskiego.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo datowane na 26 lutego 2016 r., w którym wskazał, że przedstawia pełnomocnictwo pana K. Z., które dotyczy realizacji ww. zadania. W piśmie tym odwołujący oświadczył, że na dzień składania ofert, to

jest na 10 lutego 2016 r. pan K. Z. był umocowany przez Colas Polska sp. z o.o. do jej reprezentowania. Do pisma załączono pełnomocnictwo z 25 lutego 2016 r., w którym zarząd Colas Polska sp. z o.o. udziela panu K. Z. pełnomocnictwa do podpisywania w imieniu Colas Polska sp. z o.o. zobowiązania do oddania do dyspozycji odwołującemu wiedzy i doświadczenia w zakresie jednej roboty budowlanej, na okres skorzystania z nich przy realizacji na rzecz zamawiającego przedmiotu zamówienia, w zakresie podwykonawstwa, konsultacji i doradztwa technicznego w zakresie wiedzy zdobytej podczas wykonywania zadań wymienionych w pełnomocnictwie i będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia wykonując określone czynności przez cały czas realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania, przy czym charakter stosunku, jaki będzie łączył podmioty, to umowa cywilno-prawna.

Następnie ustalono, że zamawiający 29 lutego 2016 r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego. Zamawiający w tym samym piśmie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z powodu niewykazania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu związanych z wiedzą i doświadczeniem oraz dysponowaniem osobą kierownika budowy. Zamawiający wskazał, że w piśmie z 25 lutego 2016 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pana K. Z., gdyż wynikało z niego, że pan Z. nie ma prawa reprezentować Colas Polska sp. z o.o. w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia, w którym wartość oferty przewyższa kwotę 4.000.000 zł netto oraz nie obowiązuje ono na terenie województwa kujawsko-pomorskiego, na którym toczy się postępowanie. Zamawiający wskazał, że złożone „poprawione pełnomocnictwo nie posiada umocowania na dzień składania ofert, to jest 10.02.2016 r.”. Uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty i oświadczenia mogą być wprowadzone wystawione po upływie terminu składania ofert ale ich treść powinna potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę na konkretny dzień składania ofert (rozstrzygnięcie z 29.02.2016 r., w aktach sprawy).

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

*W świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo*

*którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.*

Zgodnie zaś z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, *z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Odwołujący wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oparł się na zasobie wiedzy i doświadczenia i potencjale kadrowym, które miały być udostępnione przez podmiot trzeci – Colas Polska sp. z o.o. - na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zamawiający nałożył na wykonawców, którzy – celem wykazania warunków udziału w postępowaniu - zdecydowali się na poleganiu na zasobach innych podmiotów, obowiązek złożenia nie tylko pisemnego zobowiązania takiego podmiotu do udostępnienia takich zasobów, ale również wykazania, że osoba, która podpisała zobowiązanie w imieniu tego podmiotu, jest do tego należycie umocowana. W pkt 9.8 SIWZ zamawiający przesądził bowiem w sposób jednoznaczny i wyraźny, że wykonawca jest *zobowiązany do złożenia dowodów, że osoba podpisująca zobowiązanie, jest uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego.*

Celem udowodnienia dysponowania zasobami wiedzy i doświadczenia i potencjału kadrowego Colas Polska sp. z o.o., odwołujący przedstawił pisemne zobowiązanie, które w imieniu i na rzecz tego podmiotu podpisał pan K. Z.. Do zobowiązania załączono pełnomocnictwo dla ww. osoby z 2 stycznia 2016 r. udzielone przez zarząd Colas Polska sp. z o.o. Z treści tego pełnomocnictwa wynikało, że zarząd Colas Polska sp. z o.o. udziela panu K. Z. *pełnomocnictwa do podejmowania w imieniu i na rzecz Spółki czynności zwykłego zarządu, w tym do rozporządzania prawami i zaciągania zobowiązań w zakresie działalności gospodarczej Spółki na terenie województw: dolnośląskiego, łódzkiego, małopolskiego, mazowieckiego, opolskiego, pomorskiego, śląskiego, wielkopolskiego, zachodniopomorskiego, w szczególności w zakresie niżej wymienionych czynności:*



*reprezentowania Spółki wobec Zamawiających we wszystkich czynnościach wchodzących w zakres postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których wartość składanej przez Spółkę oferty nie przekracza 4.000.000 złotych netto (...).*

Zamawiający w toku badania i oceny ofert uznał ww. pełnomocnictwo za niewystarczające do wykazania umocowania pana K. Z. do podpisania zobowiązania. Podniósł, że z pełnomocnictwa nie wynikało, iż pełnomocnik ma prawo reprezentować spółkę w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wartość składanej oferty przekracza 4.000.000 zł netto. Zamawiający wskazał także, że z pełnomocnictwa wynika, iż pan K. Z. nie ma również prawa do podejmowania czynności na terenie województwa kujawsko-pomorskiego, na terenie którego prowadzone jest postępowanie.

Odwołujący w toku postępowania przed zamawiającym nie twierdził, że pełnomocnictwo z dnia 2 stycznia 2016 r. jest prawidłowe. Nie kwestionował treści wezwania z 25 lutego 2016 r., w którym zamawiający wezwał do usunięcia ww. braków w zakresie umocowania. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w swym piśmie z 26 stycznia 2016 r. odwołujący nie twierdził, że pełnomocnictwo z 2 stycznia 2016 r. jest wystarczające. Analiza pisma odwołującego prowadziła do jednoznacznego wniosku, że odwołujący zmierzał do usunięcia braków w zakresie umocowania przez złożenie nowego pełnomocnictwa. Co istotniejsze jednak, odwołujący również w treści odwołania nie twierdził, że pełnomocnictwo z 2 stycznia 2016 r. jest wystarczające do wykazania umocowania pana K. Z.. Odwołujący wyraźnie argumentował bowiem, że braki w zakresie umocowania zostały usunięte dopiero wskutek złożenia pełnomocnictwa z 25 lutego 2016 r. W szczególności odwołujący nie twierdził, że błędne jest stanowisko zamawiającego co do istnienia w pełnomocnictwie z 2 stycznia 2016 r. ograniczenia dla pełnomocnika tak w zakresie kwotowym jak i terytorialnym.

Zarzut, że pełnomocnictwo z 2 stycznia 2016 r. było wystarczające dla wykazania umocowania pana K. Z. do podpisania zobowiązania w imieniu i na rzecz Colas Polska sp. z o.o., odwołujący przedstawił dopiero w trakcie rozprawy przed Izbą. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Zaś za zarzut uznaje się przywołane w odwołaniu okoliczności faktyczne, które świadczą o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przywołanie nowych okoliczności faktycznych, które świadczą o naruszeniu tych samych przepisów ustawy Pzp, uznaje się za nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich*

wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”. Ponieważ okoliczności faktycznych, polegających na tym, że pełnomocnictwo z 2 stycznia 2016 r. jest prawidłowe, odwołujący nie przywołał w odwołaniu, zatem ten zarzut należało uznać za spóźniony. Wobec powyższego Izba nie odniosła się do treści pełnomocnictwa z 2 stycznia 2016 r. uznając, że nie ma sporu pomiędzy stronami co do tego, iż nie jest ono wystarczające do wykazania umocowania pana K. Z. do podpisania zobowiązania w imieniu Colas Polska sp. z o.o.

W ocenie Izby również pełnomocnictwo z 25 lutego 2016 r. okazało się niewystarczające dla wykazania, że pan K. Z. w dacie 10 lutego 2016 r. był umocowany do podpisania zobowiązania w imieniu i na rzecz Colas Polska sp. z o.o. Jak wynika z art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, *złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert*. Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia i potencjału kadrowego składane w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest niewątpliwie dokumentem składanym na „potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W tej sytuacji również dokument pełnomocnictwa, którego celem było wykazanie umocowania pełnomocnika do podpisania zobowiązania w imieniu i na rzecz podmiotu trzeciego, również posiada taki charakter. W konsekwencji, z mocy art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp również dokument pełnomocnictwa składany w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, powinien potwierdzać spełnianie warunków na dzień upływu terminu składania ofert. W analizowanym przypadku z dokumentu tego powinno wynikać w sposób niebudzący wątpliwości, że w dacie 10 lutego 2016 r., kiedy upływał termin składania ofert, pan K. Z. był umocowany do podpisania zobowiązania w imieniu i na rzecz Colas Polska sp. z o.o.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że odwołujący nie sprostął obowiązkowi złożenia wymaganego dokumentu. Pełnomocnictwo uzupełnione przez odwołującego opatrzone było datą 25 lutego 2016 r. Zostało zatem niewątpliwie wystawione po upływie terminu składania ofert, który upływał 10 lutego 2016 r. Niezależnie jednak od powyższego, w dokumencie tym próżno było szukać jakiegokolwiek nawiązania do treści pełnomocnictwa z 2 stycznia 2016 r. Z dokumentu tego nie wynikało również żadną miarą, że - zdaniem mocodawcy - stan umocowania pełnomocnika do podpisania pisemnego zobowiązania istniał już w dacie 10 lutego 2016 r.

Wbrew stanowisku odwołującego obowiązek zachowania formy pisemnej pełnomocnictwa składanego w analizowanym postępowaniu nie miał wyłącznie charakteru dowodowego. Uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w formie pisemnej. W świetle ww. przepisu pisemność jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia. Z kolei zaś w

światle art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, ofertę składa się w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Pojęcie „oferty”, o którym mowa w tym przepisie, odnosi się nie tylko do formularza oferty, jak zdawał się utrzymywać odwołujący, ale do wszelkich oświadczeń i dokumentów składanych wraz z ofertą, w tym również dowodów składanych celem wykazania warunków udziału w postępowaniu. Nie ulegało zatem wątpliwości, że w przypadku żądanego przez zamawiającego pełnomocnictwa należało zachować formę pisemną pod rygorem nieważności. Niezależnie jednak od powyższego odwołujący nie wykazał faktu udzielenia panu K. Z. pełnomocnictwa do podpisania zobowiązania przed 10 lutego 2016 r. w innej formie, aniżeli pisemna.

Złożenia pełnomocnictwa z 25 lutego 2016 r. nie można było również postrzegać jako „potwierdzenia ważności umowy” zawartej przez nieprawidłowo umocowanego pełnomocnika w trybie art. 103 kc. Zgodnie z art. 103 § 1 kc, *jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta.*

Izba stwierdziła, że zobowiązanie, w którym Colas Polska sp. z o.o. miał zdecydować się oddać odwołującemu zasób wiedzy i doświadczenia i potencjał kadrowy nie było umową, lecz jednostronną czynnością prawną. Zastosowanie mógłby mieć zatem co najwyżej przepis art. 104 kc. Stosownie do tego przepisu, *jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.* Tymczasem zamawiający, któremu złożono oświadczenie Colas Polska celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, nie zgodził się na działanie pana K. Z. bez umocowania. Po pierwsze, w pkt 9.8 SIWZ zamawiający nałożył obowiązek przedstawienia dowodów, że osoba podpisująca zobowiązanie jest uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. Po drugie, wzywał odwołującego w dniu 25 stycznia 2016 r. do uzupełnienia braków w zakresie umocowanie. Po trzecie zaś, wykluczył odwołującego z postępowania wskutek nieusunięcia omawianych braków. Dostrzec należy również, że na gruncie ustawy Pzp, należy podchodzić z dużą ostrożnością do instytucji z art. 103 kc i 104 zd. 2 kc. Zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o czym zdawał się zapominać odwołujący, jest konieczność złożenia oferty wraz z wszystkimi dokumentami w jednakowym dla wszystkich wykonawców terminie, którym jest data upływu terminu składania ofert. Powyższe wynika z szeregu przepisów ustawy Pzp, zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), z konieczności zwrotu oferty złożonej po upływie terminu składania ofert (art. 84 ust. 2 ustawy Pzp), z zakazu zmiany oferty po terminie składania ofert (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie z tą zasadą wszyscy wykonawcy mają obowiązek złożenia wymaganych dokumentów do upływu jednego terminu. Instytucja

uzupełnienia niektórych braków z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o czym zdawał się zapominać odwołujący, jest wyjątkiem od omawianej zasady. Przepis ten, jak każdy wyjątek, należy zatem interpretować ściśle. Instytucja ta nie służy tworzeniu przez wykonawcę nowych dokumentów po terminie składania ofert, ale uzupełnieniu tych, które istniały przed tą datą. W orzecznictwie Izby dopuszczono wprawdzie możliwość złożenia dokumentów z datą po terminie składania ofert, jednakże musi to dotyczyć takiej sytuacji, w której z ich treści można w sposób jasny, wyraźny i niebudzący wątpliwości ustalić, że spełnienie warunku nastąpiło nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert.

W ocenie Izby, z dokumentu pełnomocnictwa z 25 lutego 2016 r. żadną miarą nie wynikało, iż już w dacie 10 lutego 2016 r. pan K. Z. był umocowany do udostępnienia odwołującemu wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego. Jak już wskazano wcześniej, w szczególności dokument ten nie nawiązywał w żaden sposób do wcześniejszego pełnomocnictwa z 2 stycznia 2016 r. Wzięto również pod uwagę fakt, że pełnomocnictwo z 25 lutego 2016 r. było pełnomocnictwem szczegółowym, w przeciwieństwie do dokumentu z 2 stycznia 2016 r., który miał charakter ogólny. Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że dokument pełnomocnictwa z 25 lutego 2016 r. nie potwierdzał posiadania przez pana K. Z. umocowania do podpisania zobowiązania w imieniu i na rzecz Colas Polska sp. z o.o. w dniu upływu terminu składania ofert, to jest 10 lutego 2016 r. Zatem czynność wykluczenia odwołującego z postępowania okazała się prawidłowa. W konsekwencji uznano także, że zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty złożonej przez odwołującego.

Okoliczność, iż pełnomocnictwo z 25 lutego 2016 r. odnosiło się wyłącznie do podpisania w imieniu Colas Polska sp. z o.o. zobowiązania do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia, natomiast nie obejmowało udostępnienia zasobu kadrowego, została podniesiona przez zamawiającego dopiero w trakcie rozprawy przed Izbą. Zamawiający nie wskazał omawianej przyczyny jako powodu wykluczenia odwołującego w uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia z 29 lutego 2016 r. Wobec powyższego odwołujący nie mógł się do tej okoliczności odnieść w odwołaniu i nie była ona objęta zarzutami, a w konsekwencji nie podlegała rozstrzygnięciu przez Izbę na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Izba podziela zatem w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż *„(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej*

*decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelných zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)*”.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 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:** .....