

Wyrok

z dnia 31 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 29 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. r. przez wykonawcę Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Okręgową w Płocku

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającego unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w celu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez tego wykonawcę dla części 1-8 zamówienia;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Prokuraturę Okręgową w Płocku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Agencja Ochny MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.1 zasądza od zamawiającego Prokuratury Okręgowej w Płocku - na rzecz wykonawcy Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, tj. 3 600 zł wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwoty 7 500 zł uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:

Zamawiający: Prokuratura Okręgowa w Płocku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Świadczenie usług ochrony osób i mienia w pomieszczeniach i budynkach prokuratur okręgu płockiego, nr postępowania: 3029-7.261.9.2021. Zamawiający 30 grudnia 2021 roku ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00339875/01 ogłoszenie dot. udzielenia zamówienia. Zamówienie prowadzone było w podziale na 8 Części w trybie podstawowym bez negocjacji. Wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750.000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130.000 złotych, do którego zastosowano przepisy dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne. Do dnia 14 stycznia 2022 r. do godziny 9:00 za pośrednictwem Portalu e-Uслуг SmartPZP złożono łącznie 13 ofert.

Odwolujący: Agencja Ochrony MK Spółka z o.o., w Warszawie wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na:

1) Odrzuceniu oferty Odwołującego;

2) Wyborze jako oferty najkorzystniejszej w częściach nr 1-8 oferty złożonej przez konsorcjum firm: Agencja Ochrony DES Dobrogoszcz Sp. z o. o., Płock oraz

Przedsiębiorstwo Usług Handlu i Ochrony DESSYSTEM Sp. z o.o., Płock - Członek. Odwołujący zarzucił zamawiającemu zarzuka naruszenie następujących przepisów pzp:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 przez bezpodstawne dokonanie wyboru w

częściach nr 1-8 oferty Konsorcjum, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i oferta ta powinna zostać odrzucona oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

2. art. 226 ust. 1 pkt. 2 ppkt. c w zw. z art. 128 ust. 1 pzp przez odrzucenie oferty Wykonawcy, przejawiające się w uznaniu, iż Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, kiedy w rzeczywistości wszelka wymagana dokumentacja została prawidłowo złożona Zamawiającemu we właściwym terminie, w tym prawidłowe pełnomocnictwo dla Pana A. W., które zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy.

3. art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 pzp przez uznanie przez Zamawiającego, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie wyczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych - w części dotyczącej Części nr 1, Części 2, Części nr 3, Części nr 4, Części nr 5, Części nr 6, Części nr 7 i Części 8 przedmiotu zamówienia, nie zostały złożone w wyznaczonym pierwotnie terminie do dnia 25 stycznia 2022 roku do godz. 8:00, kiedy to Odwołujący przedłożył wszelką wymaganą dokumentację w wyznaczonym terminie.

4. art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż Odwołujący nie przedłożył na wezwanie Zamawiającego stosownej dokumentacji w tym prawidłowe pełnomocnictwo dla Pana A. W., które zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż Odwołujący przedłożył wszystkie wymagane dokumenty i to w wymaganej formie, zaś samo odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego przez Zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnosi o uwzględnienie Odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego.
- dokonanie ponownej, poprawnej weryfikacji dokumentacji złożonej przez Odwołującego.
- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego.
- powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem odpowiedzi na wezwanie wysłanej

Zamawiającemu, dołączonej do odwołania jako dowód w sprawie,
ewentualnie nakazanie powtórzenia czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia
podmiotowych środków dowodowych oraz czynności wezwania do uzupełnienia
podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w
postępowaniu.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu i gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający w dniu 19 stycznia 2022 roku, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie wyliczenia ceny jednostkowej netto za jedną roboczogodzinę świadczenie usług ochrony, w ujęciu miesięcznym przy przewidywanej formie zatrudnienia, objętych Częścią nr 1, nr 2, nr 3, nr 4, nr 5, nr 6, nr 7 oraz nr 8 zamówienia.

Wykonawca w wyznaczonym terminie do dnia 25 stycznia 2022 roku do godz. 8:00 złożył przedmiotowe wyjaśnienia. Jednakże zdaniem Zamawiającego, wyjaśnienia te zostały podpisane przez osobę nie wykazaną w załączonym pełnomocnictwie jako osoba umocowana do reprezentowania Wykonawcy.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 9 lutego 2022 roku, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie Pana A. W. do reprezentowania Wykonawcy.

Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił pełnomocnictwo A. W. przedkładając dokument „Pełnomocnictwo” z dnia 13 stycznia 2022 roku, które zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 9 lutego 2022 roku przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy.

Pomimo wykazania prawidłowego umocowania przez Wykonawcę, Zamawiający uznał, iż z treści złożonego pełnomocnictwa nie wynika, że pełnomocnik w dniu przedłożenia Zamawiającemu wyjaśnień był uprawniony do reprezentowania Wykonawcy. Ponadto Zamawiający oznajmił, że nie może uznać przedmiotowego pełnomocnictwa jako aktualnego na dzień złożenia wyjaśnień.

Mając w/ w na uwadze, Zamawiający uznał, że złożone przedmiotowe wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych - w części dotyczącej Części nr 1, nr 2, nr 3, nr 4, nr 5, nr 6, nr 7 oraz nr 8 przedmiotu zamówienia, nie zostały złożone w wyznaczonym pierwotnie terminie do dnia 25 stycznia 2022 roku do godz. 8:00.

W związku z powyższym odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy pzp.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie sposób się zgodzić. Niniejsze stanowisko Wykonawca opiera o fakt, iż Pełnomocnictwo z 13 stycznia 2022 roku potwierdza umocowanie reprezentacji Wykonawcy przez Pana A. W. od daty wskazanej na dokumencie. Złożone podpisy w formie elektronicznej są jedynie wyrazem potwierdzenia, iż umocowanie jest ważne od daty sporządzenia pełnomocnictwa.

Z treści złożonego pełnomocnictwa musi wynikać, że pełnomocnik, w terminie podejmowania czynności w imieniu mocodawcy, był do tego uprawniony. Data podpisania pełnomocnictwa nie ma tu istotnego znaczenia. Gdyby ta data była decydująca, czy to w formie pisemnej czy elektronicznej, ustawodawca nie dopuściłby możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa po terminie składania ofert. Absurdalnym i niezrozumiałym uzasadnieniem w przepisach prawa byłoby przyjęcie, że skuteczność uzupełnienia gwarantuje jedynie jego antydatowanie. W toku badania prawidłowości umocowania pełnomocnika w dacie dokonywania przez niego czynności, każdorazowo bierze się pod uwagę treść pełnomocnictwa.

Podobnie stwierdził WSA w Warszawie, który w Wyroku z 18 stycznia 2018 r w sprawie sygn. akt: VI SA/Wa 215/17 stwierdził, iż: „Jeżeli brak ten zostanie usunięty w zakreślonym przez stronę terminie, bez znaczenia jest, z jaką datą pełnomocnictwo zostało sygnowane. Istotnym jest zakres pełnomocnictwa oraz by pełnomocnictwo w rzeczywistości zostało udzielone do danej sprawy i nie było co do tego wątpliwości. Jeżeli brak podania w postaci niezakończona pełnomocnictwa został usunięty w terminie przewidzianym prawem, to w tej sytuacji nie ma znaczenia data umieszczona na pełnomocnictwie (pełnomocnictwo mogłoby

nie mieć daty). Data ta może być późniejsza od daty wezwania strony do usunięcia braku podania. Istotne jest tylko, czy pełnomocnictwo w rzeczywistości udzielone zostało dla sprawy, do której akt zostało dołączone, i jaki jest jego zakres”.

Z powyższego względu należy stwierdzić, że przedłożone pełnomocnictwo udzielone Panu A. W. było prawidłowe i zawierało umocowanie do wykonywania czynności w imieniu Wykonawcy już w chwili złożenia Oferty.

Zamawiający błędnie uznał, iż złożone wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych — w części dotyczącej Części nr 1, nr 2, nr 3, nr 4, nr 5, nr 6, nr 7 oraz nr 8 przedmiotu zamówienia, nie zostały złożone w wyznaczonym terminie do dnia 25 stycznia 2022 roku do godz. 8:00. Co za tym idzie, Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 224 ust. 6 pzp.

Przedłożona Zamawiającemu dokumentacja została prawidłowo złożona w wymaganym terminie. Z tego względu Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy. Zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rozpatrując cel powyższej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do obowiązujących cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego przedstawiona przez niego dokumentacja nie przejawia znamion braku możliwości realizacji zamówienia ze względu na zbyt niską cenę złożonej oferty. Przedłożona dokumentacja zawierała dokładne wyliczenie realnego zapotrzebowania Wykonawcy, a co za tym idzie przedstawiała faktyczne kwoty, zachowujące reguły rynkowe wykonania umowy przez Wykonawcę. Co więcej, prezentowana cena usługi obiektywnie uzasadniała realizację zamówienia bez strat i dodatkowego finansowania. Oferta jednoznacznie uzasadniała wykonanie zamówienia z wynagrodzenia umownego.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył dyspozycję art. 239 pzp dokonując wyboru oferty mniej korzystnej niż ta, którą przedstawił Odwołujący.

Z tego względu całkowicie niezrozumiałym jest, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, kiedy to spełnił on wszelkie wymagane formalności i posiadane wszelkie niezbędne atuty, jakie wymaga oferta. Ponadto wskazać należy, iż Odwołujący posiada najkorzystniejszą ofertę ze wszystkich złożonych w niniejszym postępowaniu.

Należy zwrócić uwagę, iż dokonując wyboru oferty, Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie również do dokonania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez wykonawcę (wyrok KIO 1032/19). Brak wypełnienia powyższego obowiązku prowadzić może do wielu nieprawidłowości w samej procedurze udzielenia zamówienia publicznego, co w przedmiotowej sprawie doprowadziło do odrzucenia najkorzystniejszej oferty. Należy podkreślić, iż przedmiotowa oferta spełniała wszelkie wymogi. Ponadto na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przedłożył wszelką wymaganą dokumentację. W związku z tym całkowicie niezrozumiałym jest fakt braku przeprowadzenia przez Zamawiającego szczegółowej weryfikacji oferty, która jednoznacznie wskazuje na spełnienie wszystkich wymogów przez Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że nie uwzględnia zarzutów w nim zawartych i wnosi o oddalenie odwołania w całości;

Wskazał w uzasadnieniu stanowiska, co następuje.

Zamawiający w dniu 19 stycznia 2022 roku na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp wezwał dwóch Wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie wyliczenia ceny jednostkowej netto za jedną roboczogodzinę świadczenie usług ochrony, w ujęciu miesięcznym przy przewidywanej formie zatrudnienia — w zakresie poszczególnych Części objętych przedmiotem zamówienia.

Przedmiotowe wezwania zostały wystosowane m.in. do odwołującego tj. Agencji Ochrony MK Sp. z o.o., (w zakresie Części nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 i Części nr 8.

W wyznaczonym terminie Wykonawca złożył przedmiotowe wyjaśnienia.

Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., będącym Odwołującym w niniejszej sprawie, zostały podpisane przez Pana A. W. - osobą nie

Wykazaną w załączonym pełnomocnictwie jako osoba umocowana do reprezentowania Wykonawcy.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 9 lutego 2022 roku, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie Pana A. W. do reprezentowania Wykonawcy.

Wykonawca w dniu 9 lutego 2022 roku w formie elektronicznej za pośrednictwem Portalu e-Uслуг SmartPZP przedstawił pełnomocnictwo udzielone Panu A. W. Wskazane pełnomocnictwo zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy w dniu 9 lutego 2022 roku.

Przedmiotowe pełnomocnictwo w swojej treści zawiera datę 13 stycznia 2022 roku jednak podpisy pod nim zostały złożone dnia 9 lutego 2022 roku.

Zamawiający uznał, że z treści przedmiotowego pełnomocnictwa nie wynika, że pełnomocnik w dniu przedłożenia Zamawiającemu wyjaśnień był uprawniony do reprezentowania Wykonawcy. W konsekwencji Zamawiający nie mógł uznać przedmiotowego pełnomocnictwa jako aktualnego na dzień złożenia wyjaśnień.

Wobec braku formalnego w postaci podpisania wyjaśnień przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania Agencji Ochrony MK Sp. z o.o., konieczne stało się uznanie, że wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych - w zakresie poszczególnych Części objętych przedmiotem zamówienia, nie zostały złożone w wyznaczonym pierwotnie terminie tj. do dnia 25 stycznia 2022 roku do godz. 8:00. W związku z powyższym oferta Wykonawcy: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., Warszawa, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - w zakresie poszczególnych Części objętych przedmiotem zamówienia podlegała odrzuceniu.

W dniu 8 marca 2022 roku Zamawiający zamieścił informację za pośrednictwem Portalu e-Uслуг SmartPZP w Dokumentacji postępowania „Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty” oraz za pośrednictwem Portalu e-Uслуг SmartPZP wysłał w dniu 8 marca 2022 roku do Wykonawców „Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty”, w której to zamieścił informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Podniesione w treści Odwołania zarzuty są w ocenie Zamawiającego nieuzasadnione a czynności polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego i dokonanie wyboru w częściach 1-8 oferty złożonej przez Konsorcjum firm w składzie: Agencja Ochrony DES Dobrogoszcz sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Usług Handlu i Ochrony DES-SYSTEM sp. z o.o. są prawidłowe. Ocena zasadności dokonanych przez Zamawiającego czynności w postaci odrzucenia oferty wymaga analizy dotyczącej oceny złożonego przez Odwołującego pełnomocnictwa.

Zgodnie z art. 128 ustawy pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w

wyznaczonym terminie.

Zgodnie z ust. 1 wskazanego przepisu zamawiający ma obowiązek jeden raz wezwać wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczenia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń, jeśli dokumenty te nie zostały złożone, są błędne lub niekompletne. W przypadku gdy dokumenty nie zostały złożone, poprawione, uzupełnione zamawiający nie może ponownie kierować wobec wykonawcy wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, ponieważ prowadziłoby to do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (tak w wyroku KIO 1648/16, KIO 1660/16).

Zgodnie ze stanowiskiem przedstawianym w komentarzach do ustawy obowiązek jednokrotnego wezwania dotyczy również sytuacji, w której wykonawca nie złożył pełnomocnictwa lub złożył pełnomocnictwo wadliwe. Należy przyjąć takie stanowisko, mimo że obecna ustawa nie zawiera przepisu analogicznego do art. 26 ust. 3a z poprzedniego p.z.p., który statuował obowiązek wezwania o złożenie wymaganego pełnomocnictwa. Jak wskazano już wyżej, wezwanie może dotyczyć również innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu niż te wprost wskazane w ust. 1, nie ma zatem powodu, by odstępować od praktyki wzywania o złożenie lub uzupełnienie wadliwych pełnomocnictw.

Podmiotowe środki dowodowe składane na wezwanie zamawiającego powinny być aktualne na dzień ich złożenia. Przedmiotowe sformułowanie odnosi do przyjęcia, że mają być aktualne na dzień ich złożenia np. w odpowiedzi na wezwanie. W związku z tym należy

uznać, że mogą one być wystawione po dacie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tak również na gruncie poprzedniego p.z.p. KIO 352/17; KIO 1772/16). Oznacza to, że środki te powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia na dzień złożenia oferty lub wniosku, i stan ten powinien być utrzymany w dniu złożenia dokumentów odpowiedzi na wezwanie (jak również przez całe postępowanie o zamówienie publiczne).

Kwestia uzupełnienia w toku postępowania braków pełnomocnictwa nie jest uregulowana w przepisach aktualnie obowiązującej ustawy. W związku z tym zasadne jest przeanalizowanie tej kwestii na gruncie orzeczeń wydanych w poprzednim stanie prawnym.

Pragnę zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2019 roku (sygn. akt KIO 1443/19) zgodnie z którym „prawidłowe pełnomocnictwo przedłożone na wezwanie zamawiającego winno potwierdzać istnienie umocowanie do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania. Zatem możliwe jest przedłożenie pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności, a także z datą późniejszą, jeżeli z treści pełnomocnictwa wynika, że pełnomocnik był upoważniony do dokonania czynności w chwili jej dokonania np. do złożenia oferty”.

Powyższa argumentacja zamawiającego znajduje również swoje potwierdzenie w wyroku

KIO/UZP 410/10. Izba stwierdziła co prawda w pierwszej kolejności, że „uzupełnienie dokumentów, w tym pełnomocnictwa, stanowi właściwie dokonaną czynność, gdy mimo daty wystawienia dokumentów po upływie terminu składania ofert, potwierdzają one spełnianie wymagań. Jednakże dalej w treści tego samego wyroku Izba dodaje, że przystępujący w niniejszej sprawie ma możliwość skutecznego złożenia pełnomocnictwa w terminie wymaganym przez zamawiającego, z którego wynikać będzie zakres umocowania lidera, w tym do czynności podpisania oferty konsorcjum i potwierdzenie przez uprawnionych reprezentantów członków konsorcjum, że do tej czynności lider konsorcjum umocowany był w dacie składania ofert. Analogiczne wnioski można wysnuć po zapoznaniu się z treścią wyroku z dnia 14 listopada 2014 roku, sygn. akt KIO 2240/14.

W uzasadnieniu wyroku akt KIO 1408/19 wskazano w orzecznictwie Izby dopuszczono wprowadzić możliwość złożenia dokumentów z datą późniejszą, jednakże musi to dotyczyć takiej sytuacji, w której z ich treści można w sposób jasny, wyraźny i niebudzący wątpliwości ustalić, że stan umocowania pełnomocnika nastąpił nie później niż w dniu przedłożenia dokumentów.

Aby udzielić odpowiedzi na pytanie czy przedłożone w przedmiotowej sprawie pełnomocnictwo jest tego rodzaju, że z jego treści wynika w sposób wyraźny i niebudzący wątpliwości prawo do podpisania wyjaśnień należy poślikowo wskazać na wyrok KIO 405/20. W analizowanej sprawie podpisany dokument pełnomocnictwa został następnie zeskanowany i przesłany wraz z podpisami elektronicznymi do Zamawiającego. KIO dokonało ustaleń, że decydujące znaczenie dla daty udzielenia pełnomocnictwa ma data podpisów elektronicznych, a z treści pełnomocnictwa w żaden sposób nie da się wyciągnąć wniosku, że pełnomocnictwo obejmowało okres wcześniejszy do daty jego podpisania. Samo wpisanie na nim wcześniejszej daty nie wystarczyło do uznania go za prawidłowe.

Mając na względzie wskazane powyżej orzeczenia zdaniem Zamawiającego w przedmiotowej sprawie należy uznać, że w przedmiotowej sprawie z pełnomocnictwa podpisanego w dniu 9 lutego 2022 roku nie wynika, że było ono aktualne na dzień złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ustawy, tj. na dzień 24 stycznia 2022 roku.

Odnosząc się zbiorczo do podniesionych zarzutów pragnę zaznaczyć, że Zamawiający w nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Zamawiający rzetelnie i dokładnie zbadał złożone przez Odwołującego się pełnomocnictwo dla Pana A. W. Uznając, że nie było ono aktualne na dzień dokonywania czynności udzielania wyjaśnień Zamawiający w żaden sposób nie popełnił czynu nieuczciwej konkurencji. Zarzut dotyczący braku rzetelnego zbadania oferty i dołączonych do niej dokumentów jest całkowicie chybiony.

W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że czynność w postaci odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty Agencja Ochrony DES Dobrogoszcz sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Usług Handlu i Ochrony DES-SYSTEM sp. z o.o. została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a zarzuty naruszenia art. 226 ustawy. W tym stanie rzeczy należy uznać, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych

zarzutów zasługuje na uwzględnienie.

Co do interesu prawnego odwołującego w wniesieniu odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie ma wątpliwości, że podmiot ten ma interes w rozumieniu art. 505

ustawy - Prawo zamówień publicznych, jako zainteresowany w uzyskaniu zamówienia, którego może być pozbawiony wobec odrzucenia złożonej oferty i udzielenia zamówienia

konkurentowi.

W niespornie ustalonym stanie faktycznym sprawy należy stwierdzić, co następuje.

Analizując przebieg zdarzeń, w tym czynności zamawiającego podjęte w toku badania Złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny usługi zostały podpisane przez osobę, co do której zamawiający nie dysponował dowodem umocowania tej osoby do reprezentowania wykonawcy, obecnie odwołującego. Stąd też zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp wezwał złożenia pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania wykonawcy.

Jak stwierdził zamawiający w decyzji o wyniku postępowania pełnomocnictwo musi być złożone w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej opatrzonej przez osobę uprawnioną podpisem zaufanym lub osobistym. Zamawiający dopuszcza złożenie elektronicznej kopii (skanu pełnomocnictwa) sporządzonego uprzednio w formie pisemnej, w formie elektronicznego poświadczenia notarialnego, bądź też poprzez opatrzenie skanu pełnomocnictwa sporządzonego uprzednio w formie pisemnej kwalifikowanym podpisem, podpisem zaufanym lub osobistym mocodawcy.

Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił pełnomocnictwo udzielone panu A. W., które zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym dopiero w dniu 9 lutego 2022 roku przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy. Z treści złożonego pełnomocnictwa nie wynika, że pełnomocnik w dniu przedłożenia Zamawiającemu wyjaśnień był uprawniony do reprezentowania Wykonawcy. Zamawiający nie może uznać przedmiotowego pełnomocnictwa jako aktualnego na dzień złożenia wyjaśnień, a w konsekwencji uznania, że wykonawca złożył żądane wyjaśnienia, co skutkowało odrzuceniem oferty.

Skład orzekający zauważył, że obowiązująca ustawa, w odróżnieniu od uchylonej przez nią, nie reguluje literalnie obowiązków zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył pełnomocnictwa wadliwe. Jednak art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, ustanawiający obowiązki zamawiającego w zakresie wezwania wykonawcy odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów odnosi się nie tylko do oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, czy podmiotowych środków dowodowych, a również do innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Pojęcie „inne dokumenty lub oświadczenia” obejmuje wszelkie dokumenty lub oświadczenia, jakich może żądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie, poza wskazanymi literalnie (oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, podmiotowe środki dowodowe). W tej kategorii mieści się również pełnomocnictwo dotyczące czynności podejmowanych przez wykonawcę w postępowaniu. Jeżeli zatem wykonawca nie złożył pełnomocnictwa lub złożył pełnomocnictwo wadliwe, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do jego złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich (tu pełnomocnictwa) złożenie. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymaga oceny, czy w ustalonych okolicznościach Zamawiający prawidłowo uznał, że opatrzenie uzupełnionego na jego wezwanie pełnomocnictwa podpisami kwalifikowanymi po upływie terminu dokonanej czynności przesądza automatycznie, niezależnie od treści tego pełnomocnictwa i okoliczności towarzyszących jego udzieleniu, o braku wykazania niezbędnego umocowania.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nieprawidłowo zatem zinterpretował, że z uzupełnionego na jego wezwania pełnomocnictwa nie wynika, że wolą mocodawcy jest umocowania do złożenia Zamawiającemu wymaganych dokumentów i wyjaśnień.

Za prawidłowe należy uznać tylko pełnomocnictwo z datą adekwatną dla daty dokonania czynności, ale również z datą późniejszą, jeżeli potwierdza istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania, tj. z jego treści wynika, że pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności. Z treści uzupełnionego pełnomocnictwa, która była identyczna z treścią pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą wprost wynikało umocowanie do wszystkich czynności postępowania, w tym dokonywania wyjaśnień.

Izba podziela stanowisko, że do oceny pełnomocnictw składanych w postępowaniu o

udzielenie zamówienia, znajduje zastosowanie art. 65 § 1 Kc, określający zasady wykładni oświadczeń woli. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto zwrócić należy uwagę na wpływające z orzecznictwa Sądu Najwyższego dyrektywy co do powinności dokonywania życzliwej interpretacji oświadczeń woli, wspomagającej uznanie czynność prawną za ważną (por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 grudnia 2016 r. sygn. akt II PK 276/15). Nieuwzględnienie tych wytycznych w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może prowadzić do wniosków i ocen godzących w określoną w art. 7 ust. 1 pzp zasadę proporcjonalności, do czego w ocenie Izby doszło w tej sprawie. Ocena umocowania pełnomocnika powinna być dokonana z uwzględnieniem okoliczności, w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone. W związku z tym ocena taka nie może abstrahować od celu czynności. Zdaniem Izby Zamawiający zaniechał dokonania takiej wszechstronnej oceny. Ustawowa dopuszczalność uzupełnienia pełnomocnictwa nie może przy tym skłaniać wykonawcy do sporządzania dokumentu antydatowanego, a tym samym nierzetelności w postępowaniu.

Przebieg dalszego postępowania świadczy o możliwości dalszego procedowania w sprawie. Niezależnie od powyższego zdaniem Izby skoro art. 128 ustawy pzp przewiduje możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa również do złożenia oferty, to tym bardziej nie ma powodu, aby wyłącznie z uwagi na specyfikę składania podpisu elektronicznego, zawierającego w sobie tzw. znacznik czasu, wywodzić wbrew treści pełnomocnictwa obejmującego również czynności wcześniejsze, jak złożenie oferty, że nie obejmuje ono umocowania do czynności będącej przedmiotem wezwania. Można także zauważyć, że w postępowaniu, dla czynności ocenianej, która nie jest złożeniem oferty, nie jest wykluczone zastosowanie art. 103 kodeksu cywilnego, jako że nie ma wątpliwości co do potwierdzenia przez wykonawcę poprawności formalnej przedstawionych wyjaśnień.

W świetle dokonanych ustaleń, orzeczono, jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: