

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 sierpnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Słupsku IV Wydział Cywilny Odwoławczy
Przewodniczący w składzie:

Sędziowie: SSO Wanda Dumanowska

SO Małgorzata Banaś
SO Mariusz Struski

Protokolant: sekr. sądowy Agnieszka Urbanowicz

po rozpoznaniu w dniu 26 lipca 2013 r. w Słupsku
na rozprawie

sprawy ze skargi Szpitala Specjalistycznego im. J.K. Łuko wieża
w Chojnicach

z udziałem odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających
się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. w Krakowie
i Comarch S.A. w Krakowie
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2013 roku,
sygn. akt KIO 1184/1 3

1. oddala skargę,
2. zasądza od skarżącego Szpitala Specjalistycznego im. J.K. Łukowicza w Chojnicach na rzecz uczestników Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie po 1800 (jeden tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

we podpis?

RETĄf.pSADOV,

UZASADNIENIE

Zamawiający - Szpital Specjalistyczny im. J.K. Łukowicza w Chojnicach - wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Pakiet I: Dostawa i Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Obsługi Pacjentów (ZSOP) oraz klucza publicznego (PKI) wraz z systemem informatycznym obejmującym ewidencję i rozliczanie świadczeń, tworzenie i podpisywanie dokumentów elektronicznych oraz prowadzenie dokumentacji lekarskiej i pielęgniarskiej. Pakiet II: Szkolenia z zakresu wdrożenia podpisu elektronicznego”.

W dniu 5 kwietnia 2013 roku komisja przetargowa dokonała wyboru ofert. W zakresie Pakietu I za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Biuro Usług Informatycznych BIUINF J. Czechumski, J. Grzela Sp. J. w Bydgoszczy. W zakresie zaś Pakietu II - ofertę złożoną przez Konsorcjum Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie.

W dniu 20 maja 2013 roku Konsorcjum Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie wniosło odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Pakietu I. Zamawiającemu zarzuciło naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy' prawo zamówień publicznych (dalej: PZP) w zw. z art. 26 ust. 3 PZP, art. 26 ust. 2b i § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może zadać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, oraz art. 104 k.c., poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Biura Usług Informatycznych BIUINF J. Czechumski, J. Grzela Sp. J. w Bydgoszczy, pomimo iż podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnionymi przez podmiot trzeci, ze względu na niewykazanie, że osoby, które potwierdziły za zgodność przedłożone w tym zakresie dokumenty były do tego uprawnione w dniu składania ofert;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BIUINF pomimo, że wykonawca ten zaoferował system operacyjny, dla którego nie wystawia się certyfikatów z jego administracji, a konieczność zaoferowania takiego systemu wynika z treści warunków udziału w postępowaniu przetargowym;
- art. 98 ust. 1 pkt 8 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BIUINF pomimo, że wykonawca ten określił w ofercie termin realizacji zamówienia niemożliwy do zrealizowania;
- art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia przez Krajową Izbę Rozliczeniową S.A., zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia albo dokumentów potwierdzających, że BIUINF spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zaniechanie do uzupełnienia wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniosł o jego oddalenie.

Wyrokiem z dnia 3 czerwca 2013 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Konsorcjum Comarch Polska S.A. w Krakowie oraz Comarch S.A. w Krakowie i nakazała zamawiającemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. J.K. Łukowicza w Chojnicach unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Biuro Usług Informatycznych BIUINF J. Czechumski, J. Grzela Sp. J. w Bydgoszczy oraz wykluczenie tego podmiotu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 26 ust. 3 PZP (punkt 1 sentencji). Kosztami postępowania obciążyła Szpital Specjalistyczny im. J.K. Łukowicza w Chojnicach (punkt 2 sentencji).

Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, wskazała, że dokumenty załączone do oferty BIUINF, a dotyczące podmiotu trzeciego - Krajowej Izby Rozliczeniowej S.A. (na str. 92-102, 105-106 oferty), zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez radców prawnych, którzy nie załączyli udzielonych im pełnomocnictw. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia braków oferty poprzez przedłożenie brakujących pełnomocnictw udzielonych zgodnie z zasadą reprezentacji określonej w KRS. W odpowiedzi BIUINF przedstawił oświadczenie Prezesa Zarządu

Krajowej Izby Rozliczeniowej S.A., w którym stwierdzono, że „radcowie prawni zatrudnieni w KIR S.A. są upoważnieni do poświadczania za zgodność z oryginałem wszelkich dokumentów dotyczących KIR S.A., składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których KIR S.A. występuje jako wykonawca lub podmiot, na którego wiedzy i doświadczeniu, potencjałe technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych polega wykonawca”. W ocenie Izby powyższe oświadczenie Prezesa Zarządu KIR S.A. nie mogło być uznane za dokument pełnomocnictwa wymagany w wezwaniu. Tym samym wykonawca nie uzupełnił w wyznaczonym terminie braków oferty. W konsekwencji nie udowodnił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co powinno skutkować jego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP i odrzuceniem złożonej przez niego oferty.

Zdaniem Izby za uzasadniony należałoby uznać również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 PZP, jednakże z uwagi na fakt, że w niniejszej sprawie zastosowanie znajduje art. 192 ust. 2 PZP, pozostaje on bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 PZP. Wynika to z faktu, że w specyfikacji zamówienia nie zawarto postanowień dotyczących obowiązku ścieżek certyfikacyjnych dla oferowanego systemu. Podobnie Izba zakwalifikowała zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP. Wskazała w tym miejscu, że określenie w złożonej ofercie przez BIUINF daty rozpoczęcia I etapu realizacji zamówienia na kwiecień 2013 roku nie powoduje nieważności oferty. Terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia nie stanowiły bowiem elementu, który wpływałby na możliwość oceny oferty, albowiem harmonogram jedynie pomocniczo określał sposób realizacji umowy. Istotnym kryterium był z kolei termin końcowy realizacji zamówienia, ustalony na dzień 31 października 2013 roku. Zdaniem Izby brak było podstaw do uznania, że jest on niemożliwy do dotrzymania.

W kwestii naruszenia art. 26 ust. 3 PZP Izba stwierdziła, że treść załączonego do oferty BIUINF zobowiązania KIR S.A. do udostępnienia zasobów, nie stanowi dowodu na dysponowanie owymi zasobami przez wykonawcę. Wskazała, że zgodnie ze specyfikacją przetargu BIUINF powinien złożyć wykaz osób, które uczestniczyć miały w wykonaniu zamówienia wraz ze wskazaniem posiadanych przez nie kwalifikacji zawodowych (w tym uprawnień do administrowania systemem operacyjnym na poziomie zaawansowanym), doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacje o podstawie dysponowania tymi osobami. Fakt, że tego nie zrobił upoważniał zamawiającego do żądania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 PZP.

O kosztach postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 PZP uwzględniając przy tym przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Zamawiający Szpital Specjalistyczny im. J.K. Łukowicza w Chojnicach zaskarżył powyższe orzeczenie skargą, domagając się jego zmiany poprzez oddalenie odwołania w całości wraz z ustaleniem, że nie zachodziły podstawy do żądania przez zamawiającego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP dokumentu potwierdzającego zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumentu potwierdzającego wymagania związane z

posiadaniem certyfikatu na poziomie zaawansowanym z zaoferowanego systemu operacyjnego. Nadto wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od przeciwników skargi solidarnie zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów związanych z postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą. Skarżonemu orzeczeniu zamawiający zarzucił:

- naruszenie art. 26 ust. 3 PZP w zw. z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku, w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i w zw. z art. 14 PZP i art. 104 k.c., poprzez uznanie za nieważną czynności potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez radców prawnych Roberta Podpłóńskiego i Beatę Adamczyk, dokumentów KIR S.A. załączonych do oferty BIUINF;
- naruszenie art. 190 ust. 7 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 PZP w zw. z § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku, w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 14 PZP i art. 65 § 1 k.c., poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, dokonanie nieprawidłowych ustaleń

stanu faktycznego i niewłaściwe zastosowanie przepisów, co doprowadziło do: przyjęcia, że zamawiający wskazał w SIWZ wymóg dołączenia pełnomocnictwa dla osób, potwierdzających za zgodność z oryginałem dokumenty podmiotu trzeciego dołączone do złożonej oferty; przyjęcie przez KIO, że wykonawca miał obowiązek załączyć do oferty pełnomocnictwa dla osób, potwierdzających za zgodność z oryginałem dokumenty podmiotu trzeciego stanowiące załącznik do oferty; błędnej oceny pisma z dnia 26 kwietnia 2013 roku, wzywającego BIUINF do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 PZP, bez uwzględnienia faktu, iż zamawiający nie wzywał BIUINF do złożenia dokumentu pełnomocnictwa zawierającego upoważnienie do złożenia oświadczenia woli, a do wykazania, że radcy prawni posiadali uprawnienie do dokonania potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem;

- naruszenie art. 190 ust. 7 PZP w zw. z art. 60 i 99 k.c. oraz art. 14 PZP, poprzez uznanie, że dokument KIR S.A. w Warszawie z dnia 30 kwietnia 2013 roku nie może być uznany za dokument pełnomocnictwa;

- przyjęcie, że radcowie prawni nie byli upoważnieni do potwierdzenia złożonych dokumentów za zgodność podczas, gdy takie upoważnienie wynika z pisma z dnia 30 kwietnia 2013 roku;

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, poprzez wykluczenie wykonawcy Biuro Usług Informatycznych BIUINF .! Czechumski, .! Grzela Sp. J. w Bydgoszczy od udziału w dalszym postępowaniu;

- naruszenie art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 26 ust. 2b PZP, poprzez przyjęcie, że wykonawca nie przedłożył dowodu dysponowania zasobami innych podmiotów, niezbędnymi do realizacji zamówienia;

- naruszenia art. 190 ust. 7 PZP poprzez: wadliwe uznanie, że złożony przez BIUINF dokument nazwany „oświadczeniem”, nie będący w ocenie KIO pełnomocnictwem potwierdza czynność prawną jednostronną dokonana przez pełnomocnika bez umocowania; wadliwe uznanie, że zamawiający żądał przedstawienia dokumentu pełnomocnictwa, i że dokument ów nie został złożony, podczas gdy żądał on uzupełnienia pełnomocnictwa, co zostało należycie wykonane; bezzasadne przyjęcie, że radcy prawni nie byli uprawnieni do potwierdzenia za zgodność złożonych dokumentów, a w konsekwencji wykonawca nie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia; dowolne przyjęcie, że treść załączonego do oferty zobowiązania KIR S.A. w Warszawie do udostępnienia zasobów nie stanowi dowodu dysponowania tymi zasobami przez BIUINF; wadliwe ustalenie, że przedstawione certyfikaty ukończenia szkoleń nie potwierdzały wymagania związanego z posiadaniem certyfikatu na poziomie zaawansowanym w zakresie oferowanego systemu.

W odpowiedzi na skargę Konsorcjum Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie wniosło o jej oddalenie i zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Zamawiającego nie jest zasadna, bowiem pozbawiona jest uzasadnionych podstaw prawnych.

Należy w całości podzielić argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia i stwierdzić, że chybione są wszystkie podniesione przez skarżącego zarzuty, bowiem wbrew jego stanowisku Krajowa Izba Odwoławcza wszechstronnie zbadała, czy zamawiający prawidłowo wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia i dokonała trafnej interpretacji przepisów.

Należy przypomnieć, że nowelizacja z dnia 5 listopada 2009 r. ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadziła znaczącą zmianę w sposobie wykazywania spełnienia warunków przez wykonawcę. O ile przed nowelizacją nie było możliwe oparcie się na potencjale innych

podmiotów, które nie były wykonawcą samodzielnie występującym w postępowaniu lub wykonawcą występującym wspólnie (konsorcjum), o tyle w nowym stanie prawnym w przypadku niektórych warunków udziału w postępowaniu możliwość taka istnieje. Wykonawca może polegać na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów,

niezależnie od charakteru łączącego go z nim stosunku. Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą wykonawcy, mogą wiązać go stosunki korporacyjne (np. spółka matka udostępnia swój potencjał finansowy spółce córce) lub umowy cywilnoprawne (np. najmu sprzętu). Wykonawca może więc wykazać w' procedurze oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innego podmiotu w zakresie m.in.: potencjału technicznego czy osób zdolnych do wykonania zamówienia - w zespole wykonawcy znajdują się osoby, które udostępnia mu inny podmiot.

Z treści sentencji zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i końcowej części jego uzasadnienia wyroku wynika wprost, iż podstawą prawną wydanego orzeczenia był art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, który stanowi, m.in. iż: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców', którzy' nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ocena czy rozstrzygnięcie KIO jest prawidłowe a tym samym czy zasadne są zarzuty skarżącego, w pierwszym rzędzie wymaga przywołania przepisu art. 25 ust. 1 PZP, który stanowi, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: warunków udziału w postępowaniu i, przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane, wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Natomiast w wypadku gdy wykonawcy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, 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, na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, zamawiający wzywa wykonawców 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.

Przesłanka określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP może być podstawą wykluczenia wówczas, gdy odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, które zgodnie z art. 22 PZP zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Mogą one dotyczyć, oprócz zagadnień wprost określonych w art. 22, także takich, które określił sam zamawiający, np. co do wymogów reprezentacji w referencjach, certyfikatów wyrobów, co do posiadania przez wykonawcę określonego statusu, np. autoryzowanego serwisanta gwarancyjnego, itp. Regulacja ta służy' wykazaniu zamawiającemu, iż zamówienie uzyskają wykonawcy, którzy ze względu na swój potencjał techniczny, ekonomiczny, finansowy, posiadane uprawnienia, wiedzę i doświadczenie będą w stanie należycie wykonać zamówienia.

Stosownie do przepisu art. 26 ust. 1 i 2 PZP, to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia wdnien wykazać stosownymi dokumentami, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W sytuacji korzystania przez wykonawcę, stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy, z możliwości posilkowania się zasobami innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ustawy został wzmocniony poprzez obowiązek udowodnienia (vide: Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów. Aleksandra Sołtysińska. Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34). Przedmiotem tego udowodnienia jest uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie, a nie jedynie uzyskanie samych dokumentów referencji. Udowodnienie, o którym mowa w analizowanym przepisie powinno obejmować wykazanie zarówno, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, że zasób ten odpowiada swym zakresem warunkowi postawionemu przez zamawiającego, że nastąpi jego bezwarunkowe oddanie wykonawcy

ubiegającemu się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 20 maja 2011 r., KIO 945/11, sip. Legalis).

Dalej zważyć należy, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa szczegółowych zasad i trybu udzielania pełnomocnictw. W art. 23 ust. 2 odnosi się jedynie do obowiązku ustanowienia pełnomocnika przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz w art. 26 ust. 3 do uzupełnienia brakujących lub wadliwych pełnomocnictw. Tym samym, w tym zakresie, należy stosować przepisy Kodeksu cywilnego, bowiem z art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Wobec powyższego należy przyjąć, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego strony posługują się pełnomocnictwem materialnoprawnym, udzielonym na podstawie art. 98 i następnych Kodeksu cywilnego. Przepisy te szczegółowo określają zakres czynności jakie mocodawca musi dokonać dla ważności udzielanego pełnomocnictwa. Wskazują m.in. formę udzielanych pełnomocnictw, ich treść, rodzaje oraz okoliczności wygaśnięcia pełnomocnictwa.

Sąd Okręgowy, w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, podziela pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 listopada 2010r., w sprawie I CSK (Lex nr 818553), iż: „Umocowanie do dokonania czynności nie mającej charakteru czynności prawnej zwykle określa się terminem upoważnienia. Upoważnienie nie wymaga formy pisemnej, może być dokonane w sposób dorozumiany, a ocena, czy do takiego upoważnienia doszło wymaga rozważenia okoliczności, które spowodowały, że dana czynność wykonana została przez inną osobę niż bezpośrednio zobowiązana. Jeżeli zawiadomienia dokonała osoba nie mająca upoważnienia, do powstałej sytuacji, ze względu na jej podobieństwo do działania przez rzekomego pełnomocnika, można analogicznie odnieść regulację dotyczącą skutków dokonania jednostronnej czynności prawnej podjętej bez pełnomocnictwa - art. 104 k.c. w zw. z art. 103 § 1 i 2 k.c. Unormowanie to jako zasadę przewiduje nieważność jednostronnej czynności podjętej bez umocowania (art. 104 zd. pierwsze k.c.). Jednak w wypadku, kiedy adresat oświadczenia wyraził zgodę na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepis o zawarciu umowy bez umocowania - art. 103 k.c., co oznacza, że czynność traktowana jest jako dotknięta bezskutecznością zawieszoną. Potwierdzenie takiej czynności przez uprawnionego wywołuje jej pełną skuteczność, a adresat oświadczenia - w

celu wyjaśnienia sytuacji - może wyznaczyć uprawnionemu odpowiedni termin do oświadczenia się, czy potwierdza czy też nie potwierdza dokonanie tej czynności”.

Z uwagi na przepis art. 99 kc oraz przepis art. 9 ust. 1 PZP, stwierdzić należy, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne obowiązuje forma pisemna udzielanego pełnomocnictwa. Zamawiający winien mieć możliwość weryfikacji pełnomocnictwa, na podstawie którego działa osoba podpisująca ofertę, ma też prawo weryfikacji czy dokumenty, które są dołączone do oferty, jeżeli nie są przedłożone w oryginałach, zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osobę do tego upoważnioną.

W niniejszej sprawie Zamawiający dał temu wyraz z punkcie IX ppkt 5 lit. a SIWZ, stwierdzając, że dokumenty wskazane w punkcie IX. ppkt 1 - 4, mogą być składane w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do podpisania oferty z dopiskiem „za zgodność z oryginałem”.

Jeszcze raz podkreślić należy, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b PZP wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b PZP, stanowi oświadczenie woli podmiotu w rozumieniu przepisów ustawy - Kodeks cywilny. Tym samym do powyższego zobowiązania, w związku z treścią art. 14 PZP, należy stosować wprost przepis) Tytułu IV Księgi pierwszej KC dotyczące czynności prawnych (vide: Komentarz do art. 26 ustawy Prawo zamówień Publicznych i przywołany tam wyrok KIO z 10.11.2010 r., KIO/UPZ 2316/10, KIO/UPZ 2368/10, sip. Legalis).

Analiza Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które określały, zgodnie z art. 22 PZP, warunki jakie Zamawiający określił dla wykonawców chcących ubiegać się o zamówienie pozwala na stwierdzenie, iż zostały one określone w punkcie X - warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków. W ppkcie 1b zamawiający w'prow'adził wymóg, iż wykonawca musi wykazać się posiadaną wiedzą i doświadczeniem, natomiast w ppkcie 3 wskazał, iż ocena spełnienia warunków zostanie dokonana na podstawie dokumentów', oświadczeń i zaświadczeń aktualnych i kompletnych (vide: k- 107 akt).

W pkcie XI SIWZ, określającym wymogi w zakresie informacji o oświadczeniach i dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w ppkcie 1d zamawiający wskazał, iż opierając się na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, na których wykonawca chce polegać przy wykonywaniu zamówienia, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował ich zasobami, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie. W ppkcie 2 a-f zamawiający wskazał dokumenty jakie ma przedłożyć wykonawca, wskazując w ppkcie 2 h, że te same dokumenty należy przedłożyć co do osoby, na której zasobach wykonawca będzie się opierał przy wykonaniu zamówienia.

Zasady dotyczące składanych dokumentów zostały określone przez zamawiającego w pkcie XI ppkt 5a SIWZ (vide: k-108), w którym wskazano, iż dokumenty wskazane w punkcie IX. 1-4, mogą być składane w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do podpisania oferty z dopiskiem „za zgodność z oryginałem”.

Zdaniem Sądu Okręgowego zasady te muszą się odnosić do wszystkich dokumentów składanych przez wykonawców, jeżeli dotyczą warunków udziału w zamówieniu, określonych przez zamawiającego, zgodnie z art. 22 PZP. Tym samym odnoszą się również do dokumentów składanych za osobę, na której zasobach, wiedzy, doświadczeniu, przy wykonaniu zamówienia, wykonawca chce polegać. Takie ustalenie jest zgodne z treścią § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), wydanego na podstawie delegacji ustawowej z art. 25 ust 2. PZP, który stanowi, iż „w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.” W realiach niniejszej sprawy zatem dotyczyło to wszystkich dokumentów składanych przez BIUINF i KIR S.A.

Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia (vide: uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z

dnia 7 lutego 2011 r., V CA 3036/10, sip. Lex nr 1089020). Przy czym na równi z niezłożeniem oświadczenia należy traktować złożenie oświadczenia z brakami, ale nieuzupełnionymi w trybie art. 26 ust. 2a i 2c oraz ust. 3 i 4 PZP.

Do oferty BIUINF zostało dołączone oświadczenie Krajowej Izby Rozliczeniowej S.A. z dnia 26 marca 2013r. o udostępnieniu potencjału w zakresie swojej wiedzy i doświadczenia - referencje oraz oświadczenie, że podmiot ten nie podlega wykluczeniu z postępowania dla przetargu nieograniczonego, ogłoszonego przez zamawiającego, podpisane przez 2-ch członków Zarządu (wiceprezesów). Natomiast pozostałe dokumenty dotyczące KIR, załączone do oferty BIUINF, w tym kopia odpis wpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach i w opłacaniu składek, informacja z Krajowego Rejestru Karnego oraz listy referencyjne zostały potwierdzone „za zgodność z oryginałem” przez radców prawnych, którzy nie załączyli udzielonych im pełnomocnictw - ani ogólnego ani do działania w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Działając, na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, Zamawiający zobowiązał Wykonawcę BIUINF. do uzupełnienia pełnomocnictwa dla radców prawnych, którzy potwierdzili dokumenty „za zgodność z oryginałem”. W odpowiedzi na to zobowiązanie zostały złożone 2

oświadczenia z dnia 30 kwietnia 2013r., podpisane przez Prezesa Zarządu Krajowej Izby Rozliczeniowej S.A.. w których stwierdzono, że „, zgodnie z przyjętymi w izbie zasadami radcowie prawni zatrudnieni w Izbie są upoważnieni do poświadczania w imieniu KIR S.A. za zgodność z oryginałem wszelkich dokumentów dotyczących KIR S.A., składanych w postępowaniach o zamówienia publiczne, w których KIR S.A. występuje jako wykonawca lub podmiot, na którego wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych polega wykonawca”. W dalszej części tych oświadczeń Prezes KIR potwierdził, że zatrudnieni w izbie radcowie prawni Robert Podpłoński i Beata Adamczyk byli i są „upoważnieni do potwierdzania za zgodność z oryginałem ww. dokumentów. Powyższe upoważnienie obowiązywało w szczególności w terminie składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego DZAP-380-11/13 (...) prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im J. Łukowicza w Chojnicach, ul Leśna 10”. Do oświadczeń tych nie został dołączony ani odpis z KRS ani pełnomocnictwa dla wymienionych w nich radców prawnych.

Zdaniem Sądu Okręgowego powyższe oznacza, iż wykonawca BIUINF nie wykazał, aby podmiot trzeci, na zasobach którego miał polegać, na zasadach określonych w art. 26 ust.

2b PZP, złożył prawidłowo podpisane oświadczenie, o którym mowa w tym przepisie, bowiem odpis z KRS, z którego wynikało jaka jest reprezentacja KIR S.A.. również została potwierdzona za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego Roberta Podpłońskiego, którego pełnomocnictwo do działania w imieniu tego podmiotu nie zostało do oferty dołączone. Tym samym należy przyjąć, iż nie ma podstaw do stwierdzenia prawidłowości podpisania w imieniu KIR S.A. ani oświadczenia z dnia 26 marca 2013r., ani oświadczeń z 30 kwietnia 2013r.

Oznacza to, że są podstawy, aby kwestionować sposób podpisania zobowiązania o udostępnienia zasobów z dnia 26 marca 2013r.. gdyż Zamawiający w treści ogłoszenia zastrzegł wymagania złożenia dokumentów potwierdzających prawidłowość reprezentacji osób zaciągających zobowiązanie w imieniu podmiotu trzeciego, wskazując w punkcie XI ppkt 5a SIWZ, że „Dokumenty, o których mowa w punkcie IX 1-4, mogą być złożone w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność przez osobę/osoby uprawnioną/uprawnione do podpisania oferty z dopiskiem „za zgodność z. oryginałem”. Wśród dokumentów, które zobowiązany był przedłożyć wykonawca, było m.in. zobowiązanie podmiotu, w realiach niniejszej sprawy KIR S.A., na którego wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych wykonawca BIUINF miał polegać, do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Aby wykazać, iż dwaj członkowie Zarządu KIR S.A., którzy podpisali zobowiązanie z dnia 26 marca 2013r.. byli do reprezentowania tego podmiotu upoważnieni, winien być do niego dołączony odpis z KRS w oryginale lub potwierdzony „za zgodność z oryginałem” przez osobę do tego upoważnioną. Skoro odpis z KRS-u został podpisany przez radcę prawnego, który nie wykazał upoważnienia do dokonania tej czynności, należało przyjąć, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów z dnia 26 marca 2013r. jest dotknięte sankcją tzw. bezskuteczności zawieszanej i może zostać konwalidowane na podstawie art. 103 i 104 k.c. Sposób tej konwalidacji, w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określa art. 26 ust. 3 PZP i tę czynność Zamawiający wykonał w dniu 26 kwietnia 2013r., wzywając BIUINF do uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa dla osób potwierdzających za zgodność dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, na zasobach którego Wykonawca polega, wskazując, że dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego są potwierdzone za zgodność przez osoby nieuprawnione do reprezentacji wg dokumentu rejestrowego.

Oświadczeń, z dnia 30 kwietnia 2013r., które zostały złożone w odpowiedzi na to zobowiązanie, nie można uznać za prawidłowe jego wykonanie z wielu względów; ale

również z tego powodu, że podpisał je Prezes Zarządu KIR S.A., bez wykazania oryginałem odpisu z KRS-u (lub kopią potwierdzoną przez osobę do tego prawidłowo umocowaną), że jest upoważniony do jednoosobowej reprezentacji tego podmiotu.

Wskazać dalej należy, odnosząc się do treści tego oświadczenia, iż składający je odwołał się do przyjętych w Izbie zasad, które stanowią o tym, że radcowie prawni w niej zatrudnieni są upoważnieni do poświadczania dokumentów, dotyczących KIR S.A., składanych w postępowaniach o zamówienia publiczne. Pojęcie „przyjętych w izbie zasad” nie zostało przez składającego oświadczenie wyjaśnione. Zgodnie z prawem może to być: regulamin pracy, określający uprawnienia i obowiązki pracowników, zakres czynności pracownika, jeżeli jest zatrudniony w oparciu o umowę o pracę, zakres czynności jeżeli wykonuje swoje czynności w oparciu o inny stosunek prawny, łączący go z KIR czy też inny

wewnętrzny dokument lub pełnomocnictwo. Zdaniem Sądu Okręgowego, w sytuacji gdy istnieje obowiązek wykazania „na zewnątrz”, iż osoby działające za KIR są upoważnione do jej reprezentowania (potwierdzania dokumentów, jej dotyczących „za zgodność z oryginałem”), umocowanie to należy wykazać stosownymi dokumentami. Nie jest natomiast wystarczającym odwołanie się do „przyjętych w Izbie zasad”.

Wobec powyższego należy w konsekwencji uznać, iż oświadczenie z dnia 30 kwietnia 2013r., podpisane przez Prezesa KIR S.A., nie mogło konwalidować, na podstawie art. 103 i 104 k.c., braków umocowania radców prawnych Roberta Podpłóńskiego i Beaty Adamczyk do potwierdzenia „za zgodność z oryginałem” dokumentów dotyczących KIR S.A., w tym kopii odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, który miał potwierdzić prawidłowość podpisania (złożenia) oświadczeń z dnia 26 marca 2013r. i z 30 kwietnia 2013r. Pełne zastosowanie w niniejszej sytuacji znajduje pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w, przywołanym już wyżej, wyroku z dnia 17 listopada 2010r., w sprawie I CSK (Lex nr 818553).

Nie można się zatem zgodzić z twierdzeniem skarżącego, że w realiach niniejszej sprawy, nieudowodnienie, iż osoba, podpisująca zobowiązanie czy też potwierdzająca dołączone do niego dokumenty „za zgodność z oryginałem”, jest do tej czynności należycie umocowana, nie jest równoznaczne z niewykazaniem dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w konsekwencji niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sąd Okręgowy podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2011 r., w sprawie KIO 822/11 (sip. Lex nr 821383), iż potwierdzenie dysponowania zasobami innych podmiotów służy potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25

ust. 1 pkt 1 PZP. Przepis art. 26 ust. 3 PZP wskazuje na oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, nie ograniczając ich wyłącznie do dokumentów wymienionych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Został on potwierdzony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2012 r. (KIO 232/12, KIO 243/12.) zgodnie z którym z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust.

2b PZP korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Dalej KIO wskazała, iż zgodnie z art. 26 ust. 2b zd. 2 PZP podmiot trzeci udostępnia wyłącznie zasoby niezbędne do realizacji zamówienia a zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia, jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Jednocześnie o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji potencjał podmiotu trzeciego stanowi wianien wyłącznie *conditio sine iijnci non* wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na poziomie wskazanym przez zamawiającego zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6 PZP. Podzielić należy również przytoczony w nim pogląd, iż przepis art. 26 ust. 2b PZP nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji Zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia.

W doktrynie prezentowany jest pogląd, który podziela również Sąd Okręgowy' w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, iż zarówno cel, jak i brzmienie tego przepisu przesądza o uprawnieniu posługiwania się przez wykonawców zasobami obcymi wyłącznie w celu spełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu. Korzystanie z "pożyczonego doświadczenia" ma na celu jedynie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (vide: Komentarz do art. 26 PZP, P. Granecki, j.w.). Został on zaakceptowany również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej o czym świadczą wyroki z dnia 5 marca 2012r. (KIO 331/12; KIO 333/12) i z 17 lutego 2012 r. (KIO 232/12, KIO 243/12).

Gwoli wyczerpującego wyjaśnienia zarzutów skargi należało jeszcze rozważyć czy w związku z wejściem w życie, w dniu 1 stycznia 2010 r., zmian w ustawie o radcach prawnych, wprowadzonych ustawą z 23 października 2009 r., radcowie prawni nie są z mocy prawa umocowani do potwierdzania „za zgodność z oryginałem” wszelkich dokumentów;

Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 23 października 2009r. (vide: druk nr 2064 Sejmu VI kadencji) jej celem było odformalizowanie m.in. postępowania cywilnego poprzez szersze niż dotychczas umożliwienie uwierzytelniania odpisów dokumentów przez profesjonalnych pełnomocników stron, reprezentujących zawody zaufania publicznego, a tym

samym - umniejszenie uciążliwości wiążących się z koniecznością wyzbycia się przez strony, często na długi czas, dokumentów oryginalnych albo poniesienia kosztów ich notarialnego uwierzytelniania bądź uzyskania ich urzędowych odpisów.

W stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie tej ustawy profesjonalni pełnomocnicy strony mogli sami uwierzytelniać jedynie nieliczne, wskazane w konkretnych przepisach dokumenty - odpis udzielonego im pełnomocnictwa (art. 89 § 1 kpc), dokumenty stanowiące załączniki do pozwu w postępowaniu nakazowym (art. 485 § 4 kpc) oraz dokumenty uzasadniające zgłoszenie wierzytelności w postępowaniu upadłościowym (art. 239 zd. 3 ustawy z 28.2.2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze - t. jedn.: Dz. U. Nr 175, poz. 1361 ze zm.), nie przysługiwało im natomiast generalne uprawnienie do uwierzytelniania odpisów dokumentów zastrzeżone jedynie dla notariuszy z mocy w art. 79 pkt 2 i art. 96-99 ustawy z 14.2.1991 - Prawo o notariacie (t. jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 ze zm.). Takie rozumienie przepisów ustawy o radcach prawnych potwierdzało niekwestionowane stanowisko judykatury (vide: uchwała SN z 19.5.2004 r., III CZP 21/04, OSNC Nr 7-8/2005, poz. 118).

Przepisy ustawy z 23 października 2009r. wprowadziły m.in. do ustawy o radcach prawnych postanowienia przyznające im prawo poświadczania zgodności odpisu lub kopii z okazanym dokumentem w zakresie określonym odrębnymi przepisami, a jednocześnie w przepisach normujących postępowania cywilne, administracyjne, podatkowe i administracyjno-sądowe sprecyzowała zakres i charakter przyznanego uprawnienia. Ustawa ta nie dokonała zmiany w ustawie Prawo zamówień publicznych. W zakresie dotyczącym radców prawnych nastąpiło to poprzez dodanie do art. 6 ustawy o radcach prawnych ust. 3, w którym poza przyznaniem blankietowego prawa sporządzania poświadczeń określona została także konieczna treść poświadczenia. Zmianie uległy również przepisy art. 129 i 89 § 2 kpc, które pozwalają na skonstatowanie, że przyznane tą ustawą uprawnienia upoważniają radcę prawnego do potwierdzenia, że odpis lub kopia są identyczne z oryginałem, ale wyłącznie na potrzeby postępowania cywilnego, w którym występuje jako pełnomocnik, będąc prawidłowo umocowany.

Zatem wskazana wyżej zmiana ustawy o radcach prawnych nie pozwala na przyjęcie, że radcowie prawni, zatrudnieni w KIR S.A., byli z mocy prawa uprawnieni do potwierdzania „za zgodność z oryginałem” wszelkich dokumentów tego podmiotu dotyczących.

Przedmiotem analizy Sądu Okręgowego było również to czy zaskarżone orzeczenie KIO jest prawidłowo oparte na art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, czy też winno być oparte na art. 89

ust. 1 pkt 5 PZP, który nakazuje odrzucenie oferty w wypadku jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów. Wątpliwości te wynikały z tego, że zdaniem Sądu Okręgowego ważność oferty należy badać (jako całość, w oparciu o dołączone dokumenty) przede wszystkim na podstawie Kodeksu cywilnego, jest ona bowiem oświadczeniem woli wykonawcy w przedmiocie udziału w postępowaniu i chęci zawarcia umowy o zamówienie publiczne (vide: wyrok SO w Łodzi z 20.10.2004 r., III Ca 919/04, sip. Legalis). Oświadczenia woli w doktrynie są uznawane za jednostronne czynności prawne, do których mają zastosowanie przepisy Tytułu IV Księgi pierwszej i in. KC. W praktyce oferta jest nieważna, jeżeli została podpisana przez osobę nieuprawnioną, co powinno wynikać z wpisu w odpowiednim rejestrze (KRS, Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej) lub bez pełnomocnictwa (vide: wyrok SO w Warszawie z 31.5.2005 r., V Ca 3095/04, sip. Legalis; wyr. KIO z 19.2.2008 r., KIO/UZP 88/08, sip. Legalis; wyr. ZA z 11.4.2007 r., UZP/ZO/0-365/07, sip. Legalis).

W doktrynie i judykaturze prezentowane są poglądy, że jeżeli z dołączonych dokumentów wynika, że osoba podpisana pod ofertą nie miała takiego umocowania, oferta podlega odrzuceniu (vide: wyr. ZA z 24.6.2005 r., UZP/ZO/0-1475/06, sip. Legalis) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 PZP. Zgodnie bowiem z art. 104 zd. 1 kc jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Analogiczny skutek będzie miał miejsce w przypadku niepodpisania oferty przez żaden podmiot (vide: Komentarz do ustawy Prawo Zamówień Publicznych, P. Granecki, sip. Legalis).

Skoro jednak ofertę wykonawcy wykluczonego uważa się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 PZP), to dla skuteczności wykluczenia nie ma istotnego znaczenia czy podstawą jego będzie przepis wskazany w uzasadnieniu wyroku KIO, czyli art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP czy też art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP. Ewentualne naruszenie przepisów ustawy w tym zakresie nie ma żadnego wpływu na wynik sprawy, dlatego Sąd Okręgowy uznał, iż wskazana przez Krajową Izbę Odwoławczą podstawa prawna rozstrzygnięcia, tym samym nakazanie Zamawiającemu w dalszym toku postępowania wykluczenie wykonawcy Biuro Usług Informatycznych BIUINE J. Czechumski, J. Grzela Sp. J. w Bydgoszczy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26

ust. 3 PZP, zasługuje na aprobatę.

Sąd Okręgowy miał przy tym na uwadze, iż „wykluczenie wykonawcy” jest pochodną oceny stopnia spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Ocena ta następuje według reguł wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ. Katalog przestanków wykluczenia wykonawcy z postępowania jest zamknięty i został określony w art. 24 ust. 1 i 2

PZP. Należą do nich m.in. niezłożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków czy też sytuacja, w której dokumenty te zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 PZP. Przesłanka ta ma również charakter podmiotowy, aczkolwiek stwarza trudność rozróżnienia jej z podstawą odrzucenia oferty wedle art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Należy zaznaczyć, iż dotyczy ona jedynie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie zaś dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Odrzucenie oferty spowodowane jest natomiast jej wadami formalnymi (przedmiotowymi), które uniemożliwiają właściwe porównanie ofert złożonych w toku postępowania. Podstawy odrzucenia mają charakter przedmiotowy, formalny i odnoszą się jedynie do treści oferty, nie zaś do właściwości wykonawców. Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania następuje z przyczyn dotyczących wykonawcy, któremu z któregośkolwiek z powodów, określonych w art. 24 PZP, nie może zostać udzielone zamówienie publiczne, przy czym przesłanki określone w ust. 1 wspomnianego przepisu dotyczą ogólnej sytuacji wykonawcy, zaś przesłanki określone w ust. 2 - konkretnego postępowania. Konsekwencją wykluczenia wykonawcy jest uznanie jego oferty za odrzuconą i niedopuszczenie jej do oceny formalnej. W wyniku formalnej oceny ofert eliminacji w drodze odrzucenia podlegają oferty wadliwe, tj. złożone przez podmioty zdolne do wykonania zamówienia publicznego, ale posiadające wady w swojej treści. Powodem odrzucenia jest niezgodność z przepisami prawa, złożenie ich przez podmioty nieuprawnione bądź zawierające nieusuwalne wady (vide: M. Sypniewski, Trzeba znać przesłanki,).

Największe wątpliwości w stosowaniu wskazanych wyżej przepisów PZP mogą powstać w przypadku, gdy wykonawca nie załączył do oferty dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, tj. dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP. Powstaje wówczas wątpliwość, czy w przypadku nieuzupełnienia takich dokumentów wykonawcę należałoby wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 czy też odrzucić jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Skoro jednak w realiach niniejszej sprawy wykonawca BIUINF nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, ogłoszone przez zamawiającego - skarżącego i określone w SIWZ w punkcie X, w sposób określony w punkcie XI. należy uznać, iż w inien być on wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP.

W świetle powyższych uwag wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2013r., w sprawie KIO 1184/13, uwzględniający odwołanie wniesione przez Konsorcjum Comarch Polska S.A. w Krakowie i Comarch S.A. w Krakowie, uznać należy za zgodny z prawem. Z treści odwołania wynika bowiem jednoznacznie, że odwołujący zarzucał przede wszystkim naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP w zw. z art. 26 ust. 3 PZP, w zw. z art. 26 ust. 2b i § 7 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. oraz w zw. z art. 104 kc poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy - Biuro Usług Informatycznych BIUINF J. Czechumski, J. Grzeła, pomimo iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnionymi przez podmiot trzeci) ze względu na niewykazanie, że osoby, które potwierdziły za zgodność dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego BIUINF zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, czyli KIR S.A., były do tego upoważnione w dniu składania ofert, pomimo wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia w wyznaczonym terminie pełnomocnictwa potwierdzającego takie upoważnienie.

Tym samym nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia przez KIO art. 190 ust. 7 PZP, który jest wyrazem tego, że w postępowaniu odwoławczym obowiązuje zasada swobodnej oceny dowodów. Oznacza to, że skład orzekający KIO ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Nie jest w tym względzie związany żadnymi regułami, z wyjątkiem podstawowych zasad logiki oraz doświadczenia życiowego i zawodowego. Konstrukcja tego przepisu wskazuje jednoznacznie, że ocena zebranych w sprawie dowodów dokonywana przez KIO, podobnie jak ocena dokonywana przez sąd cywilny na podstawie art. 233 § 1 kpc, korzysta z ochrony, a podważenie jej wyników może nastąpić wyłącznie w ściśle

określonych przypadkach. W szczególności zastosowanie znajduje zasada, utrwalona w orzecznictwie sądów powszechnych, zgodnie z którą podważenie oceny zebranych w sprawie dowodów dokonanej przez KIO, w ramach postępowania skargowego wywołanego wniesieniem skargi, może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy ocena ta została dokonana wbrew zasadom logicznego myślenia i regułom doświadczenia życiowego (vide: Komentarz P. Graneckiego do art. 190 PZP, j.w. i przywołany tam wyrok SO w Szczecinie z 17 kwietnia 2009 r., II Ca 137/09, niepubl.).

Należy przyjąć, iż przysługujące KIO z mocy art. 190 ust. 7 PZP, tak jak sądom powszechnym z mocy art. 233 kpc, prawo swobodnej oceny dowodów musi być tak stosowane, aby prawidłowość jego realizacji mogła być sprawdzona w toku instancji. Ale

skuteczne postawienie zarzutu naruszenia jej przez KIO wymaga wykazania, że uchybiła zasadom logicznego rozumowania, lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd (KIO) wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (KIO) (vide: SN w orz. z 6 listopada 1998 r., II CKN 4/98 nie publ., z 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/00, „Wokanda” 2000. nr 7, poz. 10, i z 5 sierpnia 1999 r., II UKN 76/99, OSNAPiUS 2000, nr 19, poz. 732).

W procesie ustalenia stanu faktycznego i rozważaniach Krajowej Izby Odwoławczej, przy wydawaniu zaskarżonego wyroku, zdaniem Sądu Okręgowego, rozpoznającego skargę, nie doszło do przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów. Pełnomocnik skarżącego nie wykazał naruszenia przez KIO żadnego z powyższych czynników wpływających na realizację tej zasady. Nadto Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że tylko ocena rażąco błędna lub oczywiście sprzeczna z treścią materiału dowodowego, może czynić usprawiedliwionym zarzut naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2003r., I CKN 1431/00, nie publ. sip. Legalis).

Pozostałe zarzuty skarżącego, wobec potwierdzenia się zasadności rozstrzygnięcia opartego na art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia skargi, nie były przedmiotem rozważania przez Sąd Okręgowy. Zatem nie są też przedmiotem omówienia w uzasadnieniu wydanego wyroku.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc, art. 99 kpc oraz § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych i ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1349). Ustalając podstawę prawną określenia wysokości kosztów zastępstwa procesowego w sprawie dotyczącej skargi od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej Sąd uznał, że wobec braku regulacji tej kwestii w przepisach ustawy PZP oraz wskazanego wyżej rozporządzenia w sprawie opłat za czynności radców prawnych, należy przyznać pełnomocnikowi koszty zastępstwa stosowane w sprawach o najbardziej zbliżonym charakterze do sprawy, w której przepisy rozporządzenia regulują wysokość stawki (§ 5 rozporządzenia). W ocenie Sądu najbardziej zbliżone swymi charakterem do spraw toczących się wskutek skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej są sprawy z zakresu skarg wnoszonych do sądów od rozstrzygnięć sądów- polubownych, w których wysokość stawki minimalnej określono na

kwotę 1200 zł (§ 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia). Należy mieć przy tym na uwadze, że zgodnie z art. 198a ust. 2 ustawy PZP, sąd rozpoznający skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej stosuje przepisy o postępowaniu apelacyjnym, a zatem do ustalenia wysokości kosztów zastępstwa należnych zamawiającego zastosowanie znajduje również § 12 ust. 1 pkt 1 powołanego wyżej rozporządzenia. Jednak z uwagi na charakter sprawy i jej złożoność, nakład pracy oraz fakt, iż reprezentuje w niniejszej sprawie 2 podmioty, Sąd uznał, iż należne pełnomocnikowi Odwołującego Konsorcjum, jako przeciwnikowi Zamawiającego w postępowaniu skargowym, wynagrodzenie winno stanowić łącznie sześciokrotność tej kwoty, po na rzecz każdego podmiotu wchodzącego w jego skład.