

**WYROK**

**z dnia 6 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:      Katarzyna Brzeska  
                                 Barbara Bettman  
                                 Anna Chudzik**

**Protokolant:              Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2012 r. przez **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15b, 20-135 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Port Lotniczy Lublin, ul. Hempla 6, 20-008 Lublin**

przy udziale wykonawcy **Stokota Sp. z o.o., ul. Niska 2, 82-300 Elbląg** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Port Lotniczy Lublin, ul. Hempla 6, 20-008 Lublin**
  - i:**
    - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15b, 20-135 Lublin tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od **Portu Lotniczego Lublin, ul. Hempla 6, 20-008 Lublin** na rzecz **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15b, 20-135 Lublin** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

**U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Port Lotniczy Lublin, ul. Hempla 6, 20-008 Lublin prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Dostawę fabrycznie nowego sprzętu lotniskowego do obsługi handlingowej*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 2 maja 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 maja 2012 r. pod numerem 2012/S 87-143333.

Wykonawca - Gildia Sp. z o.o. ul. Dworska 15b 20-135 Lublin (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 26 lipca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty *Odwołującego* oraz zaniechania wezwania wykonawcy Stokota Sp. z o.o., ul. Niska 2, 82-300 Elbląg do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w przypadku niezuzupełnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta *Odwołującego* jest niezgodna z ustawą;
- 2) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, że wykonawca nie wykazał, iż będzie dysponował zasobami podmiotów trzecich przy realizacji zamówienia;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Stokota Sp. z o.o. do uzupełnienia pełnomocnictwa do podpisania oferty dla p. Tomasza Miłosza, a także uzupełnienia belgijskiego zaświadczenia o niekaralności dla p. Mario Hertegonne;
- 4) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Stokota Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w sprawie wykazu dostaw, a także dokumentów potwierdzających niekaralność p. P..... D... R....., w zakresie miejsca zamieszkania.

W związku z powyższym, *Odwołujący* wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty *Odwołującego*;

- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) wezwanie wykonawcy Stokota Sp. z o.o. do uzupełnienia pełnomocnictw oraz zaświadczenia o niekaralności dla p. M.... H.....;
- 4) wezwanie wykonawcy Stokota Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dot. wykazu dostaw w zakresie terminów wykonania dostaw oraz rodzaju dostarczonych pojazdów, a także do złożenia wyjaśnień dot. zaświadczenia o niekaralności p. P.... D... R..... w zakresie jego miejsca zamieszkania;
- 5) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że niewykazanie przez wykonawcę dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie ma wpływu na treść jego oferty, może powodować, co najwyżej wykluczenie z udziału w postępowaniu.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy 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”*.

Według Zamawiającego Odwołujący nie wykazał w należyty sposób dysponowania zasobami podmiotów trzecich na okres realizacji zamówienia, ponieważ przedstawił zobowiązanie do udostępnienia tych zasobów w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

W ocenie Odwołującego nie można się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego. Ustawodawca wskazał *expressis verbis*, że przedstawienie pisemnego zobowiązania nie jest jedynym sposobem wykazania przez wykonawcę, że będzie on dysponował zasobami podmiotów trzecich na okres realizacji zamówienia. Co więcej, stanowisko takie nie znajduje również oparcia w prawie wspólnotowym. Zgodnie z art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18, wykonawca polegający na zasobach innych podmiotów musi dowieść zamawiającemu, cyt.: *„iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów”*. Zdaniem Odwołującego postanowienia Dyrektywy nie tylko w sposób jednoznaczny wskazują, że przedstawienie zobowiązania to tylko jedna z wielu metod wykazania dysponowania zasobami podmiotów trzecich, lecz również nie ogranicza

możliwości wykazywania dysponowania tymi zasobami poprzez przedstawienie zobowiązania w formie pisemnej. Według Odwołującego interpretacja zmierzająca do uznania, że jedynym sposobem wykazania dysponowania zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia jest przedstawienie pisemnego zobowiązania, nie może zostać uznana za prawidłową, prowadzi bowiem do wniosków sprzecznych tak z prawem krajowym, jak i wspólnotowym, poprzez zawężenie możliwych czynności jakich może dokonać wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stąd też należy traktować wskazane w art. 26 ust. 2b „pisemne zobowiązanie”, jako dokument jedynie przykładowy. Na marginesie Odwołujący dodał, że informacje zawarte w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak i w oryginale są tożsame. W jednakowy sposób potwierdzają one istnienie zobowiązania do udostępnienia zasobów. A z drugiej strony, w przypadku, gdy kopia zobowiązania zawiera informacje nieprawdziwe, równie nieprawdziwy będzie oryginał zobowiązania, z którego wykonano kopię.

Ponadto z odpisu KRS dla spółki Stokota Sp. z o.o. sposób jej reprezentacji przedstawia się następująco: „Do składania oświadczeń w imieniu spółki upoważniony jest każdy z członków Zarządu samodzielnie z zastrzeżeniem, iż zaciąganie zobowiązań lub rozporządzanie prawem o wartości przewyższającej 400.000 zł (czteryście tysięcy) lub jej równowartość w walutach obcych obliczoną według średniego kursu Narodowego Banku Polskiego z dnia zaciągnięcia zobowiązania lub rozporządzenia prawem wymaga współdziałania dwóch członków zarządu, w tym przynajmniej jednego będącego obywatelem Belgii. Nie dotyczy to regulowania zobowiązań publicznoprawnych spółki”. Oferta wykonawcy Stokota Sp. z o.o. miała wartość 1.728.150 zł. Załączone do oferty pełnomocnictwo dla p. T..... M..... zostało udzielone przez p. Mario Hertegonne – członka Zarządu spółki Stokota Sp. z o.o., obywatela Belgii. W ocenie odwołującego prowadzi to do wniosku, że p. Tomasz Miłosz był niewłaściwie umocowany do złożenia oferty. Pełnomocnictwo zostało udzielone przez jednego członka zarządu w sytuacji, gdy ze względu na wartość zaciąganego zobowiązania musiał on dokonać tej czynności łącznie z innym członkiem zarządu. Innymi słowy, p. M..... H..... udzielił pełnomocnictwa do dokonywania czynności, do których sam nie był uprawniony. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że po stronie Zamawiającego pojawił się obowiązek wezwania wykonawcy Stokota Sp. z o.o. do uzupełnienia pełnomocnictwa dla p. T..... M.....

Ponadto wykonawca Stokota Sp. z o.o. załączył do oferty, jako dokument potwierdzający niekaralność p. M..... H..... - obywatela Belgii, mającego miejsce zamieszkania w Belgii, zaświadczenie z polskiego rejestru karnego. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że wykonawca Stokota Sp. z o.o. nie wykazał w sposób należyty niekaralności p. M..... H..... W świetle powyższego należy stwierdzić, że po

stronie Zamawiającego zaistniały przesłanki do wezwania wykonawcy Stokota Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających niekaralność p. M..... H.....

Ponadto zgodnie z pkt 8.4 lit. v) SIWZ, w celu wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, wykonawca powinien był przedstawić min. 1 dostawę autocysterny lotniskowej na paliwo JET-1A -zestaw ciągnik siodłowy oraz naczepa autocysterna wraz z dokumentem potwierdzającym, że została ona wykonana należycie.

Ani z wykazu dostaw, ani z załączonych dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie nie wynika, aby cysterna ta stanowiła zestaw tj. ciągnik oraz naczepę, czego wymagał Zamawiający. Wszystkie dokumenty dot. dostawy „cysterny do przewozu i dystrybucji paliw”, bez odniesienia do tego, jaki rodzaj pojazdu został dostarczony. Dodatkowo w odniesieniu do jednej z dostaw wykonawca Stokota Sp. z o.o. nie określił daty jej wykonania. Wszystko to, w ocenie Odwołującego uniemożliwia dokonanie jednoznacznej oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę Stokota Sp. z o.o. i rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień we wskazanym wyżej zakresie.

Dodatkowo co do zaświadczenia o niekaralności dla p. P... D.... R..... - obywatela Belgii, wskazano w nim dwa miejsca zamieszkania, jedno na terytorium Polski, drugie na terytorium Belgii. Mając na względzie § 2 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów bez ustalenia, jakie jest rzeczywiste miejsce zamieszkania nie można jednoznacznie stwierdzić, czy wykazano jego niekaralność w sposób prawidłowy. Również w tym przypadku po stronie Zamawiającego pojawił się obowiązek wezwania do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W dniu 16 lipca 2012 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na nieprzedłożenie na wezwanie Zamawiającego oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy Stokota Sp. z o.o., ul. Niska 2, 82-300 Elbląg.

Czynności odrzucenia oferty wykonawcy Gildia Sp. z o.o. oraz wyboru oferty Stokota Sp. z o.o. stała się przedmiotem niniejszego odwołania, wniesionego w dniu 26 lipca 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: Stokota Sp. z o.o., ul. Niska 2, 82-300 Elbląg.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz**

**postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Stokota Sp. z o.o. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 26 lipca 2012 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Stokota Sp. z o.o., ul. Niska 2, 82-300 Elbląg (zwany dalej: „Przystępującym”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, t.j. nieuzasadnione uznanie, że wykonawca nie wykazał, iż będzie dysponował zasobami podmiotów trzecich przy realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 9.10 SIWZ zobowiązanie podmiotu trzeciego miało być składane w formie oryginału.

Bezspornym pomiędzy stronami jest, że Odwołujący załączył do oferty zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów firmy Nuova Manaro w formie kopii.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia pisemnego zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do jego dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, które winno być złożone w oryginale. Forma oryginału ww. dokumentu została określona w pkt 9.10 SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający wezwał wykonawcę do

złożenia zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia ww. podmiotu w wymaganej formie oryginału.

Odwołujący w pismach z dnia 4 lipca 2012 r. oraz 18 lipca 2012 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że podmiot udostępniający nie będzie brał faktycznego udziału w realizacji zamówienia, zatem Odwołujący nie miał obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący nie dostarczył Zamawiającemu w wymaganym terminie oryginału ww. zobowiązania.

Zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2012 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust.2b ustawy Pzp uznając, że jest ona niezgodna z ustawą. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Pzp wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, tj.: pisemnego zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do jego dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia w formie oryginału. Wykonawca załączył do oferty zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia firmy Nuova Manaro w formie kopii z pieczętką i podpisem Wiceprezesa Zarządu Pana M..... G..... . W wyznaczonym terminie do dnia 4 lipca 2012 r. wykonawca nie przedłożył żadanego pisemnego zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do jego dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zarzut Odwołującego opiera się na twierdzeniu, że w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie miał obowiązku przedkładania oryginału takiego zobowiązania, z uwagi, iż powyższy przepis w sposób przykładowy wskazuje na pisemne zobowiązanie.

Izba stwierdziła, że powyższy zarzut nie potwierdził się.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, cyt. *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.*



Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 6 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 636/11, w którym stwierdzono, iż Ustawodawca, w celu udowodnienia przez wykonawcę Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku korzystania z podmiotów trzecich, przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich - formę pisemnego zobowiązania.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności. Dlatego też posiłkując się przepisem art. 14 ustawy Pzp, koniecznym jest odniesienie się do przepisów kodeksu cywilnego. Przepis art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny stanowi, iż *Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (...).* § 2 *Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.* Tym samym kwestie interpretacyjne obowiązku pisemności zobowiązań podmiotów trzecich zostają rozstrzygnięte w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

Jeżeli zaś chodzi o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), to przepis § 6 ust. 1 wskazuje, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Powyższe zastrzeżenie odnosi się jednak do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego.

Skoro więc ustawodawca, dla formy składania zobowiązania podmiotów trzecich, zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko Odwołującego w powyższej kwestii uznać należy za chybione.

Zatem jeśli wykonawca, który chce skutecznie udowodnić Zamawiającemu, że może podlegać na zasobach innych podmiotów musi to udowodnić „*przedstawieniem pisemnego zobowiązania*”, a nie kopią zobowiązania. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Pzp. Nie może Zamawiający udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których

polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Niezależnie od powyższego Izba zwróciła uwagę na treść pkt 9.10 SIWZ, który stanowi, że oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wymagane w pkt 9.1.1. oraz dokumenty o których mowa w pkt 9.2. (zobowiązanie podmiotu trzeciego) winny być składane w formie oryginału.

Z powyższego postanowienia jednoznacznie wynika, że wykonawca zobowiązany był do dostarczenia oryginału takiego dokumentu. Zatem wykonawca nie kwestionując powyższych zapisów SIWZ na wcześniejszym etapie niejako zgodził się na ich kształt i argumentacja Odwołującego, że należy w niniejszym stanie faktycznym kierować się wyłącznie treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest całkowicie niezasadna.

Zatem biorąc pod uwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy należało uznać, że zarzut jest niezasadny.

Na marginesie Izba wskazuje, że podstawę prawną wykluczenia Odwołującego - w niniejszej sprawie - powinien stanowić przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jednak niezależnie od powyższego, nawet w przypadku uznania przez Izbę, że błędnie wskazano podstawę prawną wykluczenia Odwołującego, to stwierdzić należy, że Zamawiający w sposób wyczerpujący nakreślił w piśmie z dnia 16 lipca 2012 r. podstawy faktyczne takiego wykluczenia, co w rezultacie nie ma wpływu na skuteczność podjętej przez Zamawiającego decyzji.

W następnej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut, Odwołującego że osoba podpisująca ofertę (Pan T..... M.....) był niewłaściwie umocowany do złożenia oferty, gdyż pełnomocnictwo zostało udzielone przez jednego członka zarządu, w sytuacji gdy, w ocenie Odwołującego, ze względu na wartość zaciągniętego zobowiązania musiał on dokonać tej czynności łącznie z innym członkiem zarządu. W konsekwencji Zamawiający powinien wezwać wykonawcę o uzupełnienie pełnomocnictwa dla Pana T..... M.....

Izba ustaliła, że z odpisu KRS Przystępującego przedłożonego wraz z ofertą wynikało, iż *„Do składania oświadczeń w imieniu spółki upoważniony jest każdy z członków Zarządu samodzielnie z zastrzeżeniem, iż zaciąganie zobowiązań lub rozporządzanie prawem o wartości przewyższającej 400.000 zł (czterysta tysięcy) lub jej równowartość w walutach obcych obliczoną według średniego kursu Narodowego Banku Polskiego z dnia zaciągnięcia zobowiązania lub rozporządzenia prawem wymaga współdziałania dwóch członków zarządu, w tym przynajmniej jednego będącego obywatelem Belgii. Nie dotyczy to regulowania zobowiązań publicznoprawnych spółki”*.

Izba ustaliła również, że formularz ofertowy podpisał Pan T..... M..... - Wiceprezes Zarządu, Dyrektor Generalny, zaś do oferty załączono pełnomocnictwo dla Pana T..... M..... podpisane przez M..... H.....

Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego, że złożenie oferty jest złożeniem oświadczenia woli o gotowości zawarcia umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego w SIWZ za cenę podaną w ofercie przez wykonawcę. Jednak dopiero podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zaciągnięciem zobowiązania.

Izba przychylając się do stanowiska Przystępującego, uznała, że udzielenie pełnomocnictwa było oświadczeniem woli nie wiążącym się bezpośrednio z zaciągnięciem zobowiązania. Ponadto niecelowym byłoby uznanie, że w niniejszym stanie faktycznym pełnomocnictwo udzielone powinno być przez dwóch członków zarządu, gdyż osobą współudzielającą pełnomocnictwa - byłby Pan T..... M....., który de facto udzieliłby pełnomocnictwa samemu sobie.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut dotyczący nie wykazania w sposób należyty niekaralności Pana M..... H....., zatem powyższy zarzut nie był – przed Izba – przedmiotem rozpoznania.

Odnosząc się do zarzutu niewykazania przez wykonawcę Stokota Sp. z o.o. spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, - t.j. przedstawienia min. 1 dostawy autocysterny lotniskowej na paliwo JET-1A – zestaw ciągnik siodłowy oraz naczepa autocysterna wraz z dokumentem potwierdzającym, że została ona wykonana należyście – w ocenie Izby powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ określił następujące wymagania: pkt 8.4 lit. v) SIWZ, w celu wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, wykonawca powinien był przedstawić min. 1 dostawę autocysterny lotniskowej na paliwo JET-1A -zestaw ciągnik siodłowy oraz naczepa autocysterna wraz z dokumentem potwierdzającym, że została ona wykonana należyście.

Przystępujący w swojej ofercie w załączonym wykazie wskazał następujące dostawy:

- cysterna do przewozu i dystrybucji paliw lotniczych – data wykonania – 14 grudzień 2012 r.;
- cysterna do przewozu i dystrybucji paliw lotniczych – data wykonania – 28 listopad 2012 r.;
- cysterna do przewozu i dystrybucji paliw lotniczych – Przystępujący nie wskazał daty wykonania.

Zamawiający twierdził, że oczywistym jest, że wskazana cysterna do przewozu i dystrybucji paliw lotniczych przez Przystępującego występuje jako zestaw - ciągnik siodłowy oraz naczepa.

W ocenie Odwołującego powyższe nie wynikało wprost z wykazu ani z załączonych referencji.

W ocenie Izby określenie wymagań jest jedną z najważniejszych czynności Zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania (jak również późniejszą realizację zamówienia) i musi być jasno określona w ogłoszeniu i SIWZ, by wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego SIWZ tworzona jest po to, aby Zamawiający otrzymał w wyniku przeprowadzonego postępowania zamówienie, które odpowiadać będzie ściśle jego potrzebom. SIWZ jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednym z głównych dokumentów, na podstawie którego wykonawcy sporządzają ofertę. Specyfikacja stanowi instrukcję dla wykonawców w jaki sposób powinni sporządzić poprawnie ofertę, przy czym jeśli wykonawcy wykażą spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego zgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy i w konsekwencji odrzucić jego oferty. Sporządzona przez zamawiającego SIWZ wiąże zarówno zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem skoro Zamawiający doprecyzował, że cysterna do przewozu i dystrybucji paliw lotniczych ma występować jako zestaw - ciągnik siodłowy oraz naczepa, to powyższe należało również precyzyjnie wskazać w załączonym wykazie - czego Przystępujący nie uczynił.

W konsekwencji Zamawiający winien wezwać wykonawcę Stokota Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie nazw wskazanych dostaw i ich zakresów (czy wskazane cysterny do przewozu i dystrybucji paliw lotniczych występują jako zestaw - ciągnik siodłowy oraz naczepa), a jeżeli z treści wyjaśnień wynikać będzie brak spełnienia wymogu Zamawiającego zastosować tryb wskazany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu przedłożonego przez Przystępującego zaświadczenia o niekaralności Pana P.... D.... R....., Izba uznała, że w niniejszym zaświadczeniu wskazano miejsce zamieszkania w Polsce, zatem niezależnie od tego co wskazano również obok należało uznać, że powyższe zaświadczenie jest właściwe i potwierdza okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zatem, konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 alternatywnie 26 ust. 3 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....