

Sygn. akt: KIO 2235/12

WYROK

z dnia 25 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2012 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Klembów, ul. Gen. F. Żymierskiego 38, 05-205 Klembów**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Klembów, ul. Gen. F. Żymierskiego 38, 05-205 Klembów** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminy Klembów, ul. Gen. F. Żymierskiego 38, 05-205 Klembów** na rzecz **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** kwotę **16 000 zł 00 gr** (słownie: szesnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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. 113, 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 Warszawie: Warszawa-Praga.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Klembów, ul. Gen. F. Żymierskiego 38, 05-205 Klembów zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „*zakupu 300 zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem, instalacja ich u użytkowników oraz podłączenie do sieci internetowej, przeprowadzenie szkoleń z obsługi komputera i korzystania z Internetu*” (nr sprawy: RliRG.271.12.3.2012.

Zamawiający pismem z dnia 5 października 2012 r. poinformował wykonawcę Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Wobec takiego stanowiska Zamawiającego Odwołujący w dniu 15 października wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu art 89 ust. 1 pkt 8 z uwagi na wykazanie się przez Odwołującego prawidłowym umocowaniem pana D..... H..... do złożenia przedmiotowej oferty oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 z uwagi na otrzymanie przez Zamawiającego odpowiedniej oferty Odwołującego, która nie powinna zostać odrzucona w świetle przepisów ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania oraz dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał na fakt, że 20 września 2012 r. Odwołujący, zgodnie z wyznaczonym przez Zamawiającego terminem na składanie ofert złożył ofertę na zakup 300 zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem, instalację ich u użytkowników oraz podłączenie do sieci internetowej, przeprowadzenie szkoleń z obsługi komputera i korzystania z Internetu. Oferta została podpisana przez Dyrektora handlowego, Pana D..... H..... Do oferty nie dołączono omyłkowo pełnomocnictwa dla Pana H.....

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 27 września 2012 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do „*uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę*”. Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący, w wyznaczonym terminie, uzupełnił ww. dokument tj. pełnomocnictwo uprawniające Pana D..... H..... m.in. do „*parafowania, podpisania i złożenia oferty wraz z załącznikami (w tym wymaganymi*

oświadczeniami i dokumentami oraz potwierdzania wszelkich dokumentów za zgodność z oryginałem" (punkty 1 i 2 pełnomocnictwa). Pełnomocnictwo posiadało datę przed terminem na składanie ofert a jego pierwotny brak w złożonej ofercie wynikał z niedopatrzania. Powyższy dokument ten był podpisany przez dwóch urzędujących wiceprezesów Odwoływającego.

Jednakże pomimo uzupełnienia żądanego pełnomocnictwa w dniu 5 października 2012 r. Odwoływający został poinformowany o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. i o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Jako uzasadnienie odrzucenia oferty i skutkującego to konsekwencją unieważnienia postępowania Zamawiający podał iż *„Oferta została podpisana przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez 2 wiceprezesów. Z dokumentów rejestrowym spółki wynika: dział 2.2 sposób reprezentacji podmiotu - do reprezentowania spółki upoważnieni są prezes Zarządu samodzielnie, dwaj wiceprezesi lub wiceprezes działający z innym członkiem Zarządu lub wiceprezes działający łącznie z prokurentem. W związku z powyższym udzielone jednoosobowo pełnomocnictwo nie jest w tym przypadku wystarczające do uznania, że samodzielne działanie pełnomocnika jest prawidłowe, ponieważ wpis w rejestrze nie przewiduje tego sposobu reprezentacji spółki. Złożona przez Wykonawcę oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp ponieważ jest nie ważna na podstawie art. 104 Kodeksu cywilnego (jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważne."*

Z taką argumentacją Zamawiającego nie argumentacją tą nie zgodził się Odwoływający, który podniósł, że zgodnie z treścią art. 14 ustawy Pzp *„do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej."* . Dodał, że przepisy ustawy Pzp nie regulują zasad reprezentacji i działania podmiotu przez pełnomocnika, a zatem w tym zakresie należy odwoływać się do przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z treścią art. 95 § 1 KC *„z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela"* Wskazał, że analiza stanowiska Zamawiającego w tej sprawie pozwala na stwierdzenie iż Zamawiający myli pojęcia przedstawicielstwo ustawowe i pełnomocnictwo, ustanawiając przy tym zasadę iż spółki handlowe mogą składać oferty (a więc dokonywać czynności prawnych) tylko za pomocą przedstawicieli ustawowych zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w odpowiednim rejestrze, a nie za pomocą pełnomocników. Przyjęcie takiego stanowiska spowodowałoby brak możliwości działania firm przez ustanowionych pełnomocników.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane w odwołaniu i do protokołu rozprawy uznała, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienie odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Na wstępie Izba podkreśla, że odwołanie dotyczy jednego zarzutu tj. niezgodnego z przepisami ustawy pzp odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. Aat 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii wykazania się Odwołującego posiadania właściwego pełnomocnictwa umożliwiającego złożenie przez spółkę akcyjną odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty należy wskazać, że zgodnie z art. 372 § 1 ksh, każdy członek zarządu ma prawo do reprezentowania spółki w zakresie wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki.

Określenie zasad reprezentacji spółki kapitałowej ma fundamentalne znaczenie dla jej prawidłowego funkcjonowania w obrocie gospodarczym. Zgodnie z art. 205 § 1 k.s.h. oraz z art. 373 § 1 k.s.h. jeżeli umowa (statut) spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu (tzw. reprezentacja łączna) albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem (tzw. reprezentacja mieszana). Przepisy kodeksu spółek handlowych dotyczące sposobu reprezentacji spółek kapitałowych stosuje się zatem tylko wtedy, gdy umowa (statut) spółki nie reguluje tej kwestii w sposób odmienny i tylko wtedy, gdy zarząd jest wieloosobowy.

Oświadczenia woli w imieniu spółki kapitałowej mogą składać wyłącznie osoby uprawnione do reprezentacji zgodnie z wpisem do KRS. Nadto wskazać należy, że osoby prawne mogą składać oświadczenia woli przez odpowiednie organy (za pośrednictwem ich członków lub przez ustanowionych pełnomocników. Kwestia udzielenia pełnomocnictwa do reprezentowania spółki jest kwestią z zakresu funkcjonowania spółki, stanowi sprawę nieuregulowaną w rozumieniu art. 2 k.s.h. a przepisy kodeksu cywilnego odnośnie pełnomocnictwa stosowane są wprost, ponieważ natura stosunku prawnego spółki nie stoi temu na przeszkodzie.

Wskazać jednakże należy za wyrokiem KIO 2307/10, że organ osoby prawnej oraz pełnomocnik takiej osoby to dwie odrębne instytucje prawne i nie należy ich ze sobą utożsamiać. Kompetencja członka zarządu do działania (samodzielnie lub wspólnie z innym członkiem zarządu) wynika z ustawy i umowy spółki, ich działania są działaniami samej osoby prawnej (art. 38 k.c.). Natomiast kompetencja pełnomocnika wynika z udzielonego mu umocowania, a więc czynności prawnej dokonanej przez osobę prawną. Pełnomocnik działa w imieniu i na rzecz innej osoby, w tym przypadku spółki akcyjnej.

Wskazać należy również, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział również sytuację, że oferta wykonawcy zostanie podpisana nie tylko przez organ osoby prawnej czy jej właściciela, ale także przez pełnomocnika. Wskazując to w treści SIWZ iż *„Uprawnienie osób podpisujących ofertę do reprezentowania Wykonawcy w postępowaniu musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli uprawnienie takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru), to do oferty należy dołączyć oryginał lub poświadczoną notarialnie za zgodność z oryginałem kopię pełnomocnictwa wystawionego na reprezentanta Wykonawcy przez osoby do tego upoważnione”*.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego postępowania wskazać należy, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego nie był brak właściwego pełnomocnictwa co do jego treści ale fakt, że *„udzielone jednoosobowo pełnomocnictwo nie jest w tym przypadku wystarczające do uznania, że samodzielne działanie pełnomocnika jest prawidłowe, ponieważ wpis w rejestrze nie przewiduje tego sposobu reprezentacji spółki”*.

Dokonując wykładni tego wyjątkowo niejasno sformułowanego stanowiska Zamawiającego, w ślad za wyjaśnieniami jego pełnomocnika na rozprawie, stwierdzić należy, że Zamawiający nie uznał złożonego pełnomocnictwa jako prawidłowego gdyż w statucie spółki nie wskazano, że spółka może być reprezentowana na zewnątrz również przez ustanowionych pełnomocników, ponieważ wpis w rejestrze (KRS) nie przewiduje tego sposobu reprezentacji spółki.

Stanowisko Zamawiającego jest w tym zakresie błędne gdyż dla ważności pełnomocnictwa ważne jest aby takie pełnomocnictwo zgodnie z zasadami reprezentacji spółki zostało udzielone- podpisane przez osoby tam (KRS) wymienione. W przedmiotowej sprawie poza wszelkim sporem jest fakt, że uzupełnione na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwo zostało podpisane przez dwóch vice prezesów spółki wymienionych w pkt 9 i 10 działu 2.2 dotyczącego sposobu reprezentacji spółki, upoważnionych do łącznego reprezentowania spółki.

Izba nie odnosi się do treści złożonego pełnomocnictwa gdyż nie było to podstawą odrzucenia oferty i tym samym odwołania.

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

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp, uznając, że zarówno zarzut bezprawnego odrzucenia oferty jak i unieważnienia z tego powodu postępowania potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 Izba zasądziła pełnomocnikowi Zamawiającego częściowy zwrot, w stosunku do przedłożonej faktury, kosztów z tytułu reprezentacji przed KIO uznając, że zasądzona kwota jest adekwatna do wkładu pracy pełnomocnika.

Przewodniczący