

Sygn. akt: KIO 1227/13  
KIO 1291/13

## WYROK

z dnia 17 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 23 maja 2013 r. przez wykonawcę: **Remag S.A. w Katowicach (40-750), ul. Boya-Żeleńskiego 105 (sygn. akt KIO 1227/13),**

B. w dniu 29 maja 2013 r. przez wykonawcę: **Remag S.A. w Katowicach (40-750), ul. Boya-Żeleńskiego 105 (sygn. akt KIO 1291/13),**

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego: **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bumech S.A. w Katowicach (40-389), ul. Krakowska 191 oraz AZIS – Mining service sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju (44-335), ul. Rybnicka 6** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1227/13 oraz KIO 1291/13 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić oba odwołania i nakazuje zamawiającemu: **Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** w każdej ze spraw unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie, w każdej ze spraw, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bumech S.A. w Katowicach (40-389), ul. Krakowska 191** oraz **AZIS – Mining service sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju (44-335), ul. Rybnicka 6** do złożenia w wyznaczonym terminie pełnomocnictw potwierdzających umocowanie osób, które podpisały oferty złożone w obu postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, do składania oświadczeń woli w imieniu tych wykonawców,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę:
    - A. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Remag S.A. w Katowicach (40-750), ul. Boya-Żeleńskiego 105** tytułem wpisu od odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1227/13,
    - B. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Remag S.A. w Katowicach (40-750), ul. Boya-Żeleńskiego 105** tytułem wpisu od odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1291/13,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz wykonawcy: **Remag S.A. w Katowicach (40-750), ul. Boya-Żeleńskiego 105** kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od obu odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1227/13**  
**KIO 1291/13**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A – wszczął trybie przetargu nieograniczonego dwa postępowania o udzielenie zamówienia, ich przedmiotem była odpowiednio: realizacja zadania: „*Najem dwóch kombajnów chodnikowych dla JSW S.A. KWK Budryk*” (sprawa KIO 1227/13) oraz realizacja zadania: „*Najem kombajnu chodnikowego dla potrzeb JSW S.A. KWK Budryk*” (sprawa KIO 1291/13). Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia w każdym z postępowań przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, odpowiednio: (2013/S 047-076395) w dniu 7 marca 2013 r. w sprawie KIO 1227/13 oraz (2013/S 047-076397) w dniu 7 marca 2013 r. w sprawie KIO 1291/13.

W obu postępowaniach odwołanie wniósł wykonawca: Remag S.A. w Katowicach, odpowiednio: w sprawie KIO 1227/13 – w dniu 23 maja 2013 r., zaś w sprawie KIO 1291/13 – w dniu 29 maja 2013 r.

Odwołujący w sprawie KIO 1227/13 zarzucał Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumech S.A. w Katowicach oraz AZIS – Mining service sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju. W ocenie Odwołującego powołani wykonawcy złożyli niedopuszczalną ofertę wariantową, co wynikało z załącznika 2 i 3 do oferty – zaniechanie odrzucenia z tego powodu stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż nie dostrzegł on, iż treść oferty złożonej przez tych wykonawców nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Jego zdaniem za koniecznością odrzucenia tej oferty z tego właśnie powodu przemawiał fakt, iż w ofercie tej nie zostały opisane gabaryty elementów transportowych, a także to, iż zaoferowany kombajn nie jest wyposażony w dwa systemy zraszania. Niezależnie od powyższego Odwołujący twierdził, iż załączone do powołanej oferty pełnomocnictwa nie potwierdzają umocowania osób, które ofertę podpisały, do składania oświadczeń woli w imieniu tych wykonawców na dzień sporządzenia oferty. Zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumech S.A.

w Katowicach oraz AZIS – Mining service sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju do uzupełnienia odpowiedniego pełnomocnictwa stanowić miało naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący w sprawie KIO 1227/13 wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumech S.A. w Katowicach oraz AZIS – Mining service sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju.

W sprawie 1291/13 Odwołujący sformułował tak samo brzmiące zarzuty, zgłosił też te same wnioski co do rozstrzygnięcia.

Na mocy zarządzenia Prezesa Izby z dnia 3 czerwca 2013 r. powołane sprawy zostały rozpoznane łącznie.

Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w każdej ze spraw zostały doręczone prezesowi Izby przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumech S.A. w Katowicach (40-389), ul. Krakowska 191 oraz AZIS – Mining service sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju (zwanym dalej łącznie Przystępującym), odpowiednio w sprawie KIO 1227/13 – w dniu 27 maja 2013 r., zaś w sprawie KIO 1291/13 – w dniu 3 czerwca 2013 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w każdej ze spraw, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył w odniesieniu do każdego z rozpoznawanych odwołań, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu w każdej ze spraw, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego w każdej ze spraw dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosków Odwołującego w zakresie przeprowadzenia dowodów z zeznań świadka, a także opinii biegłego. Izba odmówiła również zobowiązania

Przystępującego do przedłożenia kopii rysunku, o co wnosił Odwołujący uznając, że powołane dowody w obu sprawach uznać należy za bezprzedmiotowe w świetle zapisów SIWZ oraz innych dokumentów zebranych w sprawie, a tym samym powołane dla zwłoki postępowania.

### **KIO 1227/13**

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że w pkt III SIWZ Zamawiający wskazał, iż *„Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określa Specyfikacja techniczna stanowiąca załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej SIWZ. Przedmiot zamówienia winien spełniać wszystkie wymagania ujęte w Specyfikacji technicznej. Parametry i warunki techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia wykonawca winien określić poprzez wypełnienie załącznika nr 3 do SIWZ. Niniejszy załącznik dołączy do oferty. W niniejszym załączniku wykonawca musi opisać oferowany przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości co do zastosowanych rozwiązań i wyposażenia.”* Na mocy pkt V Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Zgodnie z pkt XIV.16 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani dołączyć do oferty *„wypełniony i podpisany druk <<Charakterystyka techniczna istotnych elementów oferowanego przedmiotu zamówienia>>, wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ. W niniejszym Załączniku wykonawca musi opisać oferowany przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości co do zastosowanych rozwiązań technicznych i wyposażenia.”*

Zgodnie z pkt XVII SIWZ cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

W pkt V.1 załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał, że *„oferowane kombajny w ramach przedmiotu zamówienia oraz wszystkie oferowane urządzenia w dniu dostawy powinny spełniać wymagania obowiązujących w polskim górnictwie przepisów i norm”*. W dokumencie tym zawarty pkt VII zatytułowany *„Dokumenty wymagane wraz z ofertą”* i przywołał w swej treści dwa rodzaje dokumentów – rysunki i wykaz elementów transportowych: *„1. Rysunki poglądowe przedmiotu zamówienia w trzech rzutach wraz z podstawowymi wymiarami 2. Wykaz elementów transportowych przedmiotu zamówienia wraz z podaniem ich mas i maksymalnych (szerokość, długość, wysokość).”*

W piśmie z dnia 4 kwietnia 2013 r. Zamawiający wyjaśnił, że wykonanie kombajnu musi być zgodne z wymaganiami aktualnie obowiązujących przepisów, w tym zgodnie z pkt 2.1.5 ppkt 2a zał. nr 5 do Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego

zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139 poz. 1169 z późn. zm.).

Przed upływem terminu składania ofert Przystępujący i Odwołujący złożyli Zamawiającemu swoje oferty, przy czym Przystępujący zaoferował mu niższą cenę.

Na pierwszej stronie oferty Przystępującego znalazło się wyraźne wskazanie, iż oferta ta została sporządzona w dniu 11 kwietnia 2013 r. Tą samą datą zostały opatrzone podpisy pod ofertą na jej 6 stronie.

Odwołujący wraz z ofertą złożył uzupełniony i podpisany załącznik nr 3 do SIWZ, który stanowił załącznik nr 1 do oferty. Załącznik nr 2 stanowił rysunek poglądowy oferowanego kombajnu, zaś w załączniku nr 3 zawarty został wykaz elementów transportowych.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania wymogów określonych pkt 2.1.5 ppkt 2a zał. nr 5 do Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. Przystępujący wyjaśnił, iż przygotuje kombajn odpowiadający wszystkim wymaganiom ofertowym Zamawiającego, który będzie posiadał dodatkowo dysze zraszające powietrzno-wodne.

Uwzględniając powyższe Izba oraz kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała każde z odwołań w granicach zarzutów w nich zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty w części znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba doszła do przekonania, iż nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, iż oferta złożona przez Przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego podlegała odrzuceniu.

Jak twierdził Odwołujący, z adnotacji poczynionych w załączniku nr 2 do oferty Przystępującego wynikało, iż zaoferował on dwie wersje kombajnu: standardową i podwyższoną – na rysunku tam zawartym dla każdej z wersji zostały określone odmienne rozmiary. Ponadto Odwołujący podnosił, iż w treści załącznika nr 3 do oferty Przystępującego dla zespołu o nazwie „Ładowarka” określono trzy różne wielkości dla określonych jego parametrów. W ocenie Odwołującego zapisy te świadczą o zaoferowaniu jednocześnie dwóch, a nawet trzech, różnych kombajnów,

co powinno stać się przyczyną uznania oferty Przystępującego za niedopuszczalną w świetle SIWZ ofertę wariantową, a tym samym jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła tego przekonania. Jak stanowi przywołany przez Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która jest niezgodna z ustawą. W toku postępowania nie zostało wykazane, aby złożoną przez Przystępującego ofertę można było uznać za niezgodną z ustawą Pzp. Brak jakichkolwiek podstaw do uznania, iż wykonawca ten złożył w jednym postępowaniu dwie oferty. Nie zostało również wykazane, aby oferta, którą złożył można było uznać za ofertę wariantową. W tym miejscu zauważyć należy, iż ewentualne zaoferowanie przez wykonawcę alternatywnych rozwiązań, które mogłyby zostać uznane za niedopuszczalną w świetle zapisów SIWZ ofertę wariantową, mogłyby stanowić podstawę do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, nie zaś art. 89 ust. 1 pkt 1) tej ustawy.

Jak to zostało ustalone, Zamawiający w pkt III i pkt XIV.16 SIWZ określił w sposób jednoznaczny, iż to uzupełniona treść załącznika nr 3 do SIWZ ma opisywać zaoferowany mu kombajn. Treść tego załącznika korespondowała w sposób oczywisty z treścią załącznika nr 1 do SIWZ. Przystępujący taki załącznik złożył wraz ze swoją ofertą, a Odwołujący żadnych z podniesionych przez siebie zarzutów nie oparł o treść załącznika nr 1 do oferty Przystępującego (sporządzonego na podstawie załącznika nr 3 do SIWZ).

Załącznik nr 2 do oferty Przystępującego stanowił rysunek poglądowy oferowanego kombajnu przedstawiający jego trzy rzuty oraz jego podstawowe wymiary. Jak już wskazano, w świetle SIWZ to treść załącznika nr 1 do oferty była rozstrzygająca w kwestii ustalenia parametrów oferowanego Zamawiającego kombajnu. Co istotne, Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, iż żadna z wersji kombajnu przedstawiona na powołanym rysunku nie jest tą, która została opisana poprzez wskazanie na konkretne parametry w treści załącznika nr 1 do oferty. Jak wyjaśniał Zamawiający, rysunek ten został zaczerpnięty z dokumentacji DTR opisującej określony typ urządzenia, który występuje w dwóch wersjach, dlatego opisuje on każdą z nich. Okoliczność ta, nie kwestionowana przez Odwołującego, pozwalała uznać iż rysunek ten nie został sporządzony specjalnie na potrzeby postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a ze swej istotny miał uniwersalny charakter opisywał bowiem dwie wersje określonego typu kombajnu. Co istotne, Zamawiający nie przypisywał żądaniem w pkt VII.1 załącznika nr 1 do SIWZ rysunkowi jakiegoś szczególnego charakteru – miał to być jedynie rysunek poglądowy, przedstawiający oferowany kombajn w trzech rzutach, zawierający wskazanie na podstawowe wymiary. W ocenie Izby, uwzględnienie powołanych zapisów SIWZ o sposobie skonstruowania oferty i wymogach w tym zakresie,

zestawienie ich z treścią załącznika nr 1 do oferty złożonej przez Przystępującego oraz uwzględnienie przypisanego rysunkowi (załącznik nr 2 do oferty) zapisami SIWZ charakteru – był on jedynie rysunkiem poglądowym, pozwalało uznać, że w zakresie przywołanym przez Odwołującego nie została złożona oferta wariantowa, ani też, że w treści oferty zachodzi jakakolwiek wewnętrzna sprzeczność.

Podobne wnioski Izba wysnuła w odniesieniu do podnoszonego przez Odwołującego określenia w treści załącznika nr 3 trzech różnych wielkości poszczególnych parametrów ładowarki. Jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy, a nie kwestionował tego Odwołujący, w pkt III.7.a) i b) określił minimalną i maksymalną (po poszerzeniu) szerokość stołu załadowniczego, a określone przez Przystępującego w treści załącznika nr 3 do oferty wielkości opisujące szerokość ładowarki mieszczą się w tych wymaganiach, stąd brak podstaw by uznać, iż zachodzi tu jakakolwiek niezgodność, czy też wariantowość oferty.

Izba nie uznała za zasadne również twierdzeń Odwołującego o niezgodności treści oferty złożonej przez Przystępującego z treścią SIWZ objawiającej się przez nieokreślenie w załączniku 3 do oferty wymiarów poszczególnych elementów transportowych. Jak podnosił Zamawiający, nie określił on w treści SIWZ jakichkolwiek wymagań co do minimalnych lub maksymalnych wymiarów elementów transportowych (twierdzenie nie podważone przez Odwołującego), stąd też nie opisanie przez Przystępującego w treści załącznika nr 3 do oferty wszystkich rozmiarów każdego z elementów nie mogło przesądzić o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Dane te miały dla Zamawiającego walor jedynie informacyjny i nie mogły zostać uznane za przesądzające o treści oferty tegoż wykonawcy. Jak to już wskazano, decydującą o treści oferty – zawierającą w określonym przez Zamawiającego zakresie opis oferowanego mu kombajnu – była treść załącznika nr 1 do oferty, a co do tej właśnie Odwołujący nie formułował żadnych zarzutów.

Nie zostało w toku postępowania odwoławczego również wykazane, aby treść oferty złożonej przez Przystępującego nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie wymogu określonego w pkt V.1 załącznika nr 1 do SIWZ. Wymagano tam, aby w dniu dostawy oferowane Zamawiającemu kombajny spełniały wymagania obowiązujące w polskim górnictwie przepisów i norm. Na potwierdzenie tego wymogu Zamawiający oczekiwał od wykonawców złożenia odpowiedniego oświadczenia zawartego w pkt 2.a) formularza oferty oraz w pkt V.1 załącznika nr 3 do SIWZ (w przypadku oferty Przystępującego to załącznik nr 1 do oferty). Przystępujący oświadczenia takie w złożonej przez siebie ofercie zawarł. Potwierdził je również w późniejszych wyjaśnieniach. Co istotne w treści SIWZ postawiono wymóg, aby wymagania tam określone (w tym również to określone na mocy pkt 2.1.5 ppkt 2a zał. nr 5 do Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r.) spełnione



zostały na dzień dostawy. Dlatego też za bezprzedmiotowe uznała Izba zgłoszone przez Odwołującego dowody mające na celu wykazanie, iż w dniu składania ofert, czy też może na dzień orzekania, oferowany przez Przystępującego kombajn nie spełnia powoływanych tu wymogów. W świetle SIWZ, na dzień składania ofert wystarczającym było dla Zamawiającego złożenie przez wykonawcę zapewnienia, iż w dniu dostawy oferowany mu kombajn będzie posiadał określone cechy. Zapewnienie takie w przypadku Przystępującego zostało złożone. Stąd też Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby w tym właśnie zakresie zachodziła jakakolwiek sprzeczność pomiędzy zapisami SIWZ, a treścią oferty złożonej przez Przystępującego.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut nie złożenia przez Przystępującego wraz ofertą właściwego pełnomocnictwa potwierdzającego umocowanie do działania w imieniu Przystępującego (wszystkich konsorcjantów) osób, które tę ofertę podpisały.

Jak wynika z treści oferty, została ona sporządzona w dniu 11 kwietnia 2013 r. – taka właśnie data widnieje na pierwszej stronie oferty, a także na stronie 6, przy podpisach pod uzupełnionym formularzem oferty. W toku rozprawy przed Izbą, datę tę, jak właściwą dla chwili sporządzenia oferty, potwierdził sam Przystępujący.

Załączone do oferty pełnomocnictwo, które potwierdzać miało umocowanie osób, które imieniu Przystępującego złożyły swoje podpisy pod ofertą, opatrzone zostało datą 12 kwietnia 2012 r.

Jak ustaliła Izba, na podstawie oświadczenia Zamawiającego, a także na podstawie okazanej jej koperty w których złożona została oferta Przystępującego, ofertę ta wpłynęła do Zamawiającego w dniu 12 kwietnia 2013 r.

W ocenie Izby, z przedstawionych jej dokumentów, w szczególności z załączonego do oferty Przystępującego pełnomocnictwa, wynika, że osoby, które podpisały w dniu 11 kwietnia 2013 r. ofertę Przystępującego, nie były do tego należycie umocowane w tym właśnie dniu. Dlatego też słusznie Odwołujący podnosił, iż Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury sanacyjnej przewidzianej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie wezwał Przystępującego do złożenia odpowiedniego pełnomocnictwa.

Jak pisze Andrzej Janiak w „*Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna.*” Kidyba Andrzej (red.), Gawlik Zdzisław, Janiak Andrzej, Jedliński Adam, Kopaczyńska-Pieczniak Katarzyna, Niezbecka Elżbieta, Sokołowski Tomasz, LEX, 2012, art. 62 kc „*dotyczy nie tylko oświadczeń woli składanych bezpośrednio przez same strony, lecz także oświadczeń składanych w ich imieniu przez osoby do tego umocowane (organy, przedstawiciele,*

pełnomocników). Ocena prawidłowości umocowania danej osoby do składania oświadczeń woli w imieniu strony powinna być dokonywana według stanu istniejącego w chwili składania (wyrażania) oświadczenia woli, a nie według stanu istniejącego w chwili jego złożenia (doręczenia adresatowi). Oświadczenie woli dokonane przez osobę, która w chwili podjęcia decyzji i wyrażenia woli była do tego upoważniona, nie traci mocy przez to, że osoba ta następnie utraciła umocowanie (np. odwołano ją ze stanowiska członka zarządu lub cofnięto udzielone jej pełnomocnictwo) po wyrażeniu przez nią oświadczenia woli, a przed jego dojściem do adresata (por. wyr. SN z dnia 24 maja 2001 r., I PKN 422/00, OSNP 2003, nr 6, poz. 152).” Autor ten stwierdza również, iż „w razie składania oświadczeń woli między osobami nieobecnymi i niekorzystającymi ze środków komunikacji bezpośredniej oświadczenie woli (wola uzewnętrzniona) przybiera najczęściej postać stosownego dokumentu pisemnego (lub elektronicznego) albo postać innego materialnego substratu znaku o określonej treści. Niekiedy ustawa wymaga, aby takie oświadczenie było sporządzone w ściśle określonej formie (np. aktu notarialnego). Tak rozumiane oświadczenie (akt) woli uzyskuje z chwilą jego wyrażenia (wytworzenia) samoistną moc prawną, która polega na potencjalnej zdolności wywołania określonych skutków prawnych, pod warunkiem dojścia do adresata (M. Piekarski (w:) Komentarz, t. I, 1972, s. 180). Owa moc prawna oświadczenia woli, istniejąca jeszcze przed doręczeniem go adresatowi, znajduje potwierdzenie w treści art. 61 zd. 2 (obecnie art. 61 § 1 zd. 2) k.c., który przewiduje możliwość odwołania oświadczenia woli, jeżeli odwołanie takie dojdzie jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej (art. 61 zd. 2 k.c. - obecnie art. 61 § 1 zd. 2). Zwrócił na to uwagę SN (w wyr. z dnia 24 maja 2001 r., I PKN 422/00, OSNP 2003, nr 6, poz. 152), w którym uznał oświadczenie woli o wypowiedzeniu umowy o pracę za istniejące w sensie prawnym jeszcze przed jego dotarciem do adresata, trafnie zauważając, że odwołać można tylko coś, co istnieje, ma być prawny.”

Kierując się przywołanym tu poglądem wyrażonym w doktrynie i orzecznictwie SN, a także przenosząc go na rozpoznawany stan faktyczny, Izba uznała, iż istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością jest to, czy przedstawione wraz z ofertą pełnomocnictwo pozwala uznać, iż w chwili sporządzenia oferty, a zatem wyrażenia oświadczenia woli „jako woli wyrażonej (uzewnętrznionej) przez składającego oświadczenie (oświadczenie woli w znaczeniu przedmiotowym), ale jeszcze niezakomunikowanej partnerowi” osoby podpisujące ofertę w imieniu obu konsorcjantów zostały do tego należycie umocowane. Jak to zostało już wskazane oferta została sporządzona w dniu 11 kwietnia 2013 r., zaś pełnomocnictwo załączone do niej wystawiono z datą późniejszą, w dniu 12 kwietnia 2013 r. Dlatego też, przyjmując, że ocena prawidłowości umocowania danej osoby do składania oświadczeń woli w imieniu strony powinna być dokonywana według stanu

istniejącego w chwili składania (wyrażania) oświadczenia woli, jak również uwzględniając treść oferty oraz złożonego wraz z nią pełnomocnictwa oraz treść złożonego w toku rozprawy przed Izba oświadczenia Przystępującego, Izba uznała podnoszony przez Odwołującego zarzut za zasadny.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż w zaistniałej sytuacji brak podstaw do uznania, iż oferta złożona przez Przystępującego, wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do uzupełnienia odpowiedniego pełnomocnictwa, powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 103 kc.

Na tym etapie postępowania, jak słusznie podnosił to Odwołujący, koniecznym jest wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie pełnomocnictwa potwierdzającego umocowanie osób, które podpisały ofertę złożoną w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, do składania oświadczeń woli w imieniu Przystępującego (obu konsorcjantów).

### **KIO 1291/13**

Izba uznała, iż stan faktyczny istotny dla rozstrzygnięcia ustalony w sprawie KIO 1291/13 stanowił dokładne odzwierciedlenie stanu faktycznego ustalonego przez Izbę w sprawie KIO 1227/13, w szczególności zarzuty podnoszone przez Odwołującego, a także zapisy oferty Przystępującego czy też specyfikacji, do których twierdzenia Odwołującego się odnoszą są tożsame w obu sprawach. Okoliczność ta została zgodnie potwierdzona w toku rozprawy przez Strony i Przystępującego.

Odmienne w niniejszym postępowaniu były daty, jakimi Przystępujący opatrzył ofertę i pełnomocnictwo złożone w tej sprawie Zamawiającemu. Jak wynika bowiem z treści oferty, została ona sporządzona w dniu 10 kwietnia 2013 r. – taka właśnie data widnieje na pierwszej stronie oferty (datę z pierwszej strony oferty przywoływał w toku rozprawy Przystępujący jako właściwą dla oznaczenia dnia sporządzenia oferty i jej podpisania). Na stronie 6 oferty, przy podpisach pod uzupełnionym formularzem oferty widnieje data: 11 kwietnia 2013 r.

Załączone do oferty pełnomocnictwo, które potwierdzać miało umocowanie osób, które imieniu Przystępującego złożyły swoje podpisy pod ofertą, opatrzone zostało, tak jak w sprawie KIO 1227/13, datą: 12 kwietnia 2012 r.

Jak ustaliła Izba, na podstawie oświadczenia Zamawiającego, a także na podstawie okazanej jej koperty w których złożona została oferta Przystępującego, ofertę ta wpłynęła do Zamawiającego w dniu 12 kwietnia 2013 r.

Ustalony tak stan faktyczny wymagał w ocenie Izby podobnej oceny w świetle przepisów ustawy Pzp jaka została poczyniona w sprawie KIO 1227/13, stąd też, mając to na uwadze, Izba w sprawie KIO 1291/13 wydała analogiczne rozstrzygnięcie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący nie przedłożył, w żadnej ze spraw, odpowiednich rachunków potwierdzających poniesienie przez niego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika lub kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie Izby, Izba zasądziła na jego rzecz jedynie zwrot kosztów poniesionych z tytułu wniesienia wpisów od obu odwołań.

**Przewodniczący:** .....