

WYROK

z dnia 16 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017r. **przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** Stocznnię Remontową Nauta Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Waszyngtona 1 i Morską Stocznnię Remontową Gryfia Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Ludowa 13 w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego** Skarb Państwa- Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie, ul. Królewska 1/7

przy udziale **wykonawcy** Remontowa Shipbuilding Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Swojska 8 zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Stocznnię Remontową Nauta Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Waszyngtona 1 i Morską Stocznnię Remontową Gryfia Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Ludowa 13 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Stocznnię Remontową Nauta Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Waszyngtona 1 i Morską

Sygn. akt KIO 15/17

Stocznię Remontową Gryfia Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Ludowa 13
tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie

Dnia 2 stycznia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa złożono odwołanie w którym Zamawiający: Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia ul. Królewska 1/7; 00-909 Warszawa prowadzi postępowanie, w którym uczestniczy Odwołujący: Konsorcjum w składzie:

1. Stocznia Remontowa NAUTA S.A. ul. Waszyngtona 1 81-342 Gdynia i
2. Morska Stocznia Remontowa GRYFIA S.A., ul. Ludowa 13, 71-700 Szczecin reprezentowani przez: radcę prawnego M. D., Plac Kaszubski 17/309 81-350 Gdynia.

Odwołanie dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę pn. „Zabezpieczenie techniczne i prowadzenie działań ratowniczych na morzu pk. „Holownik” - nr postępowania IU/243/XI- 81/ZO/NZO/DOS/Z/2014.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 249-441915 z dnia 27 grudnia 2014 roku.

Działając w imieniu Odwołującego - Konsorcjum Wykonawców Stoczni Remontowej NAUTA S.A. z siedzibą w Gdyni oraz Morskiej Stoczni Remontowej Gryfia S.A. z siedzibą w Szczecinie, w oparciu o udzielone pełnomocnictwa, na podstawie art. 180 ust 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 roku Nr 907) - dalej „p.z.p.” lub „Ustawa”, wniesiono następujące odwołanie.

Zamawiającemu zarzuca się naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 6 k.c. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny wynikającego z zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT, podczas gdy statek będący przedmiotem zamówienia stanowi statek ratowniczy morski, którego dostawa jest opodatkowana stawką podatku VAT w wysokości 0%;
2. art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. ,z siedzibą w Gdańsku pomimo tego, że oferta jest nieważna z uwagi na jej sporządzenie i złożenie z naruszeniem zasad reprezentacji tej spółki;

3. art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 104 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pomimo tego, że oferta jest nieważna z uwagi na jej sporządzenie i złożenie przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji tej spółki;
4. art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 82 ust. 2 p.z.p. (w brzmieniu sprzed dnia 28 lipca 2016 roku) w zw. z art. 78 § 1 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z Ustawą;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z pkt VI.4 SIWZ w zw. z pkt VI.6 SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z wymogami SIWZ;
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z pkt V1.4 SIWZ w zw. z pkt VI.5 SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pomimo dołączenia do oferty załączników wypełnionych niezgodnie z wymaganiami SIWZ;
7. art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz oferty konsorcjum wykonawców Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni i Damen Shipyards Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni pomimo tego, że zaoferowane ceny zostały obliczone przez wykonawców przy zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy przedmiot zamówienia powinien być objęty stawką podatku VAT w wysokości 0%, co skutkowało błędem w obliczeniu cen;
8. art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pomimo tego, że oferta w zakresie wysokości ceny jest wewnętrznie sprzeczna, jak również cena została błędnie obliczona tj. pozostaje w sprzeczności z danymi wynikającymi z kalkulacji kosztów i zestawienia kosztów. W odniesieniu do interesu Odwołującego wskazać należy, iż kwestionowane czynności Zamawiającego zostały dokonane po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z brak jest podstaw do przyjęcia, aby Odwołujący utracił status wykonawcy w prowadzonym postępowaniu, gdyż odrzucenie jego oferty w chwili obecnej nie ma charakteru definitywnego. Nie ogranicza to zatem Odwołującego w możliwości ponownego podniesienia zarzutów wobec kwestionowanych czynności Zamawiającego (mimo że część z nich była przedmiotem rozpoznania w toku wymienionego postępowania). Dodatkowo podkreślić należy, że Zamawiający dokonał odrębnej czynności polegającej na ponownym odrzuceniu oferty Odwołującego. Innymi słowy mimo wyroku z dnia 9 grudnia 2016 roku Zamawiający dokonał dalej idących czynności polegających na unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 16 listopada 2016 roku, a następnie ponownego jej badania i

odrzućenia w ramach czynności z dnia 21 grudnia 2016 roku. Dodać również należy, iż zmianie uległ stan faktyczny, gdyż w dniu 14 grudnia 2016 roku Odwołujący uzyskał pozytywną interpretację podatkową, a nade wszystko z dniem 1 stycznia 2017 roku weszła w życie ustawa z dnia 6 lipca 2016 roku o aktywizacji przemysłu okrętowego i przemysłów komplementarnych, zmieniająca między innymi ustawę o podatku od towarów i usług co ma istotne znaczenie dla rozpoznania niniejszej sprawy (o czym mowa szerzej poniżej).

Powyższe oznacza, iż interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego, gdyż oferta Odwołującego nie polegała odrzuceniu i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, w szczególności z tego względu, że pozostałe oferty podlegały odrzuceniu. W związku z tym zachodzi możliwość doznania przez Odwołującego szkody.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący posiada interes w unieważnieniu niniejszego postępowania. W realiach niniejszej sprawy nie ulega bowiem wątpliwości, iż interes ten przejawia się w dążeniu do zapobieżenia sytuacji zawarcia nieważnej umowy (vide: wyrok KIO z dnia 10 lipca 2008 roku sygn. KIO/UZP 646/08).

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż zmianie uległ także stan faktyczny w zakresie oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku. Zamawiający uzyskał bowiem od wykonawcy dokument z dnia 1 sierpnia 2016 roku — pełnomocnictwo, co uprawniało Odwołującego do podniesienia dotychczasowych zarzutów (które w zakresie oceny ważności oferty tego wykonawcy nie zostały w sposób kategoryczny rozpoznane) oraz nowych, które nie mogły być zgłoszone na wcześniejszym etapie postępowania.

Podkreślenia również wymaga, iż Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając sprawę sygn. akt KIO 2222/16 przyznała Odwołującemu Interes prawny w żądaniu unieważnienia postępowania, czego wyrazem było wydanie orzeczenia zmierzającego do usunięcia jego wadliwości.

Ponadto wnoszę o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy statków na okoliczność, czy jednostka, będąca przedmiotem zamówienia; jest statkiem ratowniczym morskim;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu badania dokumentów i pisma ręcznego na okoliczność daty sporządzenia dokumentu w postaci pełnomocnictwa Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku z dnia 1 sierpnia 2016 roku, przy czym sporządzenie opinii powinno nastąpić z wykorzystaniem badań fizykochemicznych dokumentu;
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru wykonawcy;
2. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Remontowa Shipbuilding S.A.;
3. unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego;
4. wyboru oferty Odwołującego; ewentualnie o:
5. unieważnienie postępowania.

Ponadto wnoszę o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów związanych z uczestnictwem w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pod nazwą „zabezpieczenie techniczne i prowadzenie działań ratowniczych na morzu pk. „Holownik” - numer postępowania IU/243/XI-81/ZO/NZO/DOS/Z/2014. Zamawiający rozstrzygnął przetarg po raz drugi i pismem z dnia 21 grudnia 2016 roku zawiadomił Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego, wybór został dokonany z naruszeniem obowiązujących przepisów.

II.

Odwołujący podnosi, iż wbrew stanowisku Zamawiającego nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 p.z.p.

Odwołujący podkreśla, iż w uzasadnieniu przyjętego stanowiska w zasadzie wskazał wyłącznie na to, że:

1. główne przeznaczenie statku określono jako „zapewnienie możliwości świadczenia szerokiego zakresu prac holowniczych dla okrętów i pomocniczych jednostek pływających”, co rzekomo wynika z pkt 3.1.1 SOPZ;
2. Odwołujący powinien dysponować dowodami potwierdzającymi prawidłowość zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0% w dacie składania oferty.

Zdaniem Odwołującego, argumenty podniesione przez Zamawiającego w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania są bezpodstawne, co skutkowało rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

Odwołujący podtrzymuje stanowisko, iż przedmiot zamówienia stanowił statek ratowniczy morski, a nie holownik jak przyjmuje Zamawiający. W tym zakresie Odwołujący przedstawił wyczerpującą argumentację w piśmie z dnia 22 września 2016 roku, stanowiącym odpowiedź Odwołującego na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 p.z.p. i ponowne przywoływanie jej w tym miejscu w całej rozciągłości nie jest celowe.

Odnosząc się zaś do argumentacji Zamawiającego, należy wskazać, iż wbrew stanowisku Zamawiającego w żadnym dokumencie przetargowym Zamawiający nie wskazał, aby głównym przeznaczeniem statku było wykonywanie prac holowniczych. W szczególności

redakcja pkt 3.1 SOPZ przeczy temu twierdzeniu, gdyż z tego punktu SOPZ wynika wprost, że wymienione w nim funkcje zostały opisane w sposób równorzędny, bez przyznawania funkcji dominującej cesze opisanej w punkcie 1. Co więcej, zdecydowana większość z funkcjonalności opisanych w punkcie 3.1 SOPZ świadczy o tym, że statek będzie wykorzystywany przede wszystkim w celach ratownictwa morskiego. Podkreślenia przy tym wymaga, iż sama możliwość holowania okrętów i jednostek pomocniczych wpisuje się w tzw. holowanie ratownicze. Wskazuje na to nietypowe dla holowników wyposażenie statku w urządzenia, które mają umożliwić i ułatwić prowadzenie akcji ratowniczych w możliwie szerokim zakresie, a także celowe ograniczenie parametrów właściwych dla funkcji holowania względem potencjalnych możliwości wynikających chociażby z wymiarów statku. W tym kontekście istotnego znaczenia nabiera sam opis postępowania, którego przedmiotem nie była dostawa jednostek typu holownik, lecz zabezpieczenie techniczne i prowadzenie działań ratowniczych na morzu, co zdaniem Odwołującego ma decydujące znaczenie w określeniu jakiego rodzaju przeważające cechy posiadać będą jednostki wybudowane w ramach przedmiotowego zamówienia.

Wskazać także należy, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Treść SIWZ oraz załączników (szczególnie SOPZ) prowadzi do wniosku, iż w żadnym wypadku przedmiot zamówienia nie został określony jako statek typu holownik. W związku z tym Odwołujący był w pełni uprawniony do oceny funkcjonalności i przeznaczenia jednostki na podstawie całokształtu dokumentów udostępnionych przez Zamawiającego, tym bardziej, iż docelowo to wykonawca, a nie Zamawiający dokonuje klasyfikacji towaru w celach podatkowych. Dodać także należy, iż wskazany przez Zamawiającego kod CPV nie pozwala na ustalenie, że statek będący przedmiotem dostawy jest jednostką typu holownik (jak twierdzi Zamawiający) - przywołany przez Zamawiającego kod CPV odnosi się bowiem do okrętów pomocniczych, które to pojęcie nie ma charakteru ostrego, lecz wprowadza katalog otwarty rodzajów jednostek mieszczących się w tym pojęciu.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy statków pozwoli na jednoznaczne ustalenie, jakiego rodzaju statkiem jest przedmiot zamówienia, tym bardziej, że prawidłowe oznaczenie rodzaju statku ma decydujące znaczenie przy określeniu stawki podatku VAT, która powinna być zastosowana przy obliczaniu ceny przez wykonawców.

Przechodząc do kwestii zastosowania przez Odwołującego stawki podatku VAT w wysokości 0%, w pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający w SIWZ nie określił wysokości stawki tego podatku, jaka powinna zostać przyjęta dla potrzeb sporządzenia oferty.

Odwołujący podkreśla przy tym, iż na gruncie polskiego prawa podatkowego, dla określenia stawki podatku VAT ma znaczenie wyłącznie Polska Klasyfikacja WYROBÓW I USŁUG, a nie kody CPV - vide: wyrok KIO z dnia 1 lutego 2011 roku sygn. KIO 108/11.

W związku z tym Odwołujący był uprawniony do dokonania klasyfikacji towaru będącego przedmiotem umowy i na tej podstawie powinien przyjąć właściwą stawkę podatku VAT dla potrzeb obliczenia ceny. W ocenie Odwołującego, złożone w toku postępowania wyjaśnienia dotyczące wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0% były wyczerpujące i powinny zostać uznane przez Zamawiającego jako wystarczające do przyjęcia, iż złożona oferta zawiera prawidłowo obliczoną cenę (tj. przy zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 0%).

Odwołujący kwestionuje przy tym twierdzenie Zamawiającego, że wykonawca powinien dysponować dowodami potwierdzającymi prawidłowe sklasyfikowanie towaru, czy też wiążącą interpretację podatkową na dzień składania oferty. Przeczą temu zarówno obowiązujące przepisy Ustawy, które nie wprowadzają tego rodzaju ograniczeń dla wykonawców, jak również przepisy o statystyce publicznej i Ordynacja podatkowa, które pozostawiają podatnikowi dowolność w zakresie wyboru momentu wystąpienia o wydanie odpowiednich interpretacji przez właściwy organ. Ponadto Odwołujący podkreśla, że za powszechne i dopuszczalne należy uznać sytuacje, w których dopiero w toku postępowania czy to przed zamawiającym (po złożeniu oferty), czy to dopiero przed Krajową Izbą Odwoławczą występuje się i przeprowadza dowody z dokumentów w postaci opinii GUS, czy też indywidualnej interpretacji podatkowej - vide: wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2009 roku sygn. KIO/UZP 1660/09.

W tym kontekście Odwołujący podnosi, iż w dniu 7 listopada 2016 roku Zamawiający otrzymał od Odwołującego opinię Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 26 października 2016 roku, w której organ potwierdził prawidłowość dokonanej przez Odwołującego klasyfikacji towaru (będącego przedmiotem niniejszego postępowania) jako „pogłębiarki, latarniowce, dźwigi pływające i pozostałe jednostki pływające” — PKWiU 30.11.33,0 (wniosek oraz odpowiedź organu w załączeniu). Z przedmiotowej informacji Urzędu Statystycznego w Łodzi wynika zaś, iż przedmiot zamówienia nie powinien być klasyfikowany jako holownik - PKWiU 30.11.32.0, co podważa stanowisko Zamawiającego w tym zakresie. Podnieść przy tym należy, iż Zamawiający w ogóle nie odniósł się do przedmiotowego dokumentu, który - zdaniem Odwołującego - co najmniej uprawdopodobnia prawidłowość zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0%. Warto również podkreślić, iż organ dokonując oceny przedmiotu zamówienia dysponował opisem funkcjonalności statku zawartym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Dodatkowo w dniu 14 grudnia 2016 roku Odwołujący uzyskał pozytywną interpretację podatkową w sprawie pytania czy dostawa jednostek pływających w ramach Zamówienia będzie podlegała opodatkowaniu stawką VAT w wysokości 0%. W tym zakresie organ podatkowy wyraźnie odwołał się do regulacji, która obowiązuje od dnia 1 stycznia 2017 roku, co jest w pełni uzasadnione, zważając na to, że zarówno zawarcie umowy, jak i jej wykonanie nastąpi po dniu 1 stycznia 2017 roku. Należy także zwrócić uwagę na fakt, iż organ wyraźnie zaznaczył, że interpretacja podatkowa została wydana według stanu prawnego obowiązującego w dniu jej wydania, co powinno stanowić istotne wskazanie co do tego, że oferta powinna uwzględniać zmiany w prawie, których obowiązywanie (wejście w życie) jest pewne, w czasie gdy umowa zostanie zawarta i będzie wykonywana.

Zgodnie z orzecznictwem KIO uzyskiwane przez Zamawiającego, czy też wykonawcę interpretacje statystyczne oraz podatkowe wielokrotnie miały decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy - vide: wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2009 roku sygn. KIO/UZP 1660/09, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 roku sygn. KIO/UZP 119/09, wyrok KIO z dnia 9 lipca 2014 roku sygn. KIO 1301/14, wyrok KIO z dnia 19 marca 2010 roku sygn. KIO/UZP 205/10. Mowa przy tym zarówno o interpretacjach uzyskanych na potrzeby prowadzonego postępowania, jak i wydanych w innych sprawach. W chwili obecnej należy przyjąć, iż Odwołujący przedstawił dowody, które potwierdzają prawidłowość zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0%. Natomiast Zamawiający poza odwołaniem się do podstawowej stawki podatku VAT, nie przedstawił żadnych dodatkowych dowodów podważających ofertę Odwołującego. Wskazać przy tym należy, iż zarzut wadliwości obliczenia ceny (podstawy odrzucenia oferty) powinien zostać - zgodnie z art. 6 k.c. udowodniony przez Zamawiającego, czego jednak Zamawiający nie uczynił. Podkreślenia również wymaga, iż wyłącznie organy podatkowe posiadają uprawnienia i kompetencje do rozstrzygnięcia spraw podatkowych. Kompetencji takiej nie posiada w szczególności Zamawiający, który - co istotne - jest wyłącznie odpowiedzialny za powstałe w toku niniejszego postępowania wątpliwości-Zamawiający ani bowiem nie określił stawki podatku VAT, która miałyby mieć zastosowanie do przedmiotu zamówienia, ani nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wykluczający wszelkie wątpliwości co do rodzaju statku, jaki jest przedmiotem zamówienia. W tym kontekście uzyskana interpretacja podatkowa, w powiązaniu z opinią Urzędu Statystycznego powinny mieć decydujące znaczenie dla uznania, że oferta Odwołującego została sporządzona przy zastosowaniu prawidłowej stawki podatku VAT (0%).

W świetle powyższych rozważań, wobec faktu, iż Odwołujący wykazał, iż przedmiot zamówienia stanowi morski statek ratowniczy, jego dostawa na rzecz Zamawiającego

powinna podlegać opodatkowaniu stawką VAT w wysokości 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy o VAT, który zacznie obowiązywać z dniem 1 stycznia 2017 roku.

Analizując realia niniejszej sprawy należy wziąć pod uwagę, że w dniu 6 lipca 2016 roku została uchwalona ustawa o aktywizacji przemysłu okrętowego i przemysłów komplementarnych. Przedmiotowa ustawa weszła w życie w dniu 1 stycznia 2017 roku. Zgodnie z art. 20 tej ustawy dokonano zmiany w ustawie o podatku od towarów i usług. Wprowadzone zmiany - zgodnie z intencją ustawodawcy - doprowadziły do poszerzenia katalogu dostaw, które objęte są stawką podatku VAT w wysokości 0%. Dotyczy to także używanych na morzu statków ratowniczych morskich (PKWiU ex 30.11.33.0)-wprowadzenie art. 83 ust. 1 pkt 1 lit. b).;

W oparciu o powyższe, w ocenie Odwołującego, wykonawcy na potrzeby niniejszego postępowania winni byli uwzględnić również w ofercie zmiany ustawy o podatku VAT, gdyż przedmiotowe regulacje znajdują zastosowanie do dostawy przedmiotu zamówienia. Zmiana prawa nastąpiła z dniem 1 stycznia 2017 roku i w dniu składania ofert okoliczność ta była pewna - z tego też względu wykonawcy mieli obowiązek uwzględnienia zmiany stanu prawnego w zakresie stawki podatku VAT na potrzeby sporządzenia ofert (bezsporne pozostawało także, że nie było jakichkolwiek możliwości by dostawa zamówionych jednostek morskich została zrealizowana wcześniej niż 1 stycznia 2017 roku). Co więcej, formułowanie oferty na podstawie przepisów podlegających derogacji byłoby niecelowe i sprzeczne z ratio legis ustawodawcy wyrażonej w wymienionej wyżej ustawie o aktywizacji przemysłu okrętowego i przemysłów komplementarnych.

Dodać również należy, iż Zamawiający nie przewidział w SIWZ postanowień przewidujących mechanizm dostosowania wartości umowy do zmiany stawki podatku VAT. W SIWZ przewidziano jedynie dopuszczalność zmiany umowy w takiej sytuacji, przy czym zmiana taka wymaga konsensusu obu stron - innymi słowy wykonawca nie będzie zobligowany do obniżenia wysokości wynagrodzenia o 23% równe stawce podatku VAT, która od dnia 1 stycznia 2017 roku wynosi 0%. Stąd też akceptacja przez Zamawiającego oferty przy zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 23% byłaby działaniem wbrew własnemu interesowi - w ostateczności bowiem na skutek zmiany prawa Zamawiający zapłaciłby wykonawcy wynagrodzenie w wysokości wyższej niż należne, gdyby przyjął stawkę podatku VAT obowiązującą w chwili wykonywania umowy.

III.

A.

Na wstępie Odwołujący zaznacza, iż wskutek zmiany stanu faktycznego (podjęcie przez Zamawiającego czynności po wydaniu wyroku przez KIO oraz uzyskanie od wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku, dokumentu w postaci pełnomocnictwa z dnia 1 sierpnia 2016 roku) rozpoznaniu w niniejszym postępowaniu powinny podlegać

wszystkie zarzuty dotychczas podniesione wobec czynności Zamawiającego oraz nowe zarzuty objęte niniejszym odwołaniem. Wynika to także z faktu, iż postępowanie w sprawie sygn. KIO 2222/16 nie zostało prawomocnie zakończone, a także z tego, że w wyroku z dnia 9 grudnia 2016 roku wszystkie podniesione zarzuty nie mogły i nie były przedmiotem rozpoznania - w szczególności dotyczy to zarzutów wskazujących na nieważność oferty Remontowa Shipbuilding S.A. (co wynika wprost z uzasadnienia wyroku, w którym większość twierdzeń sformułowano w trybie przypuszczającym).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Ustawy oraz postanowień SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku, co skutkowało sprzecznym z prawem wyborem przedmiotowej oferty jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, iż o skutecznym złożeniu oferty przez wykonawcę, będącego spółką kapitałową, można mówić wyłącznie w przypadku gdy zostanie ona złożona przez osoby uprawnione do jej reprezentowania (uprawniony organ) oraz zgodnie z zasadami reprezentacji takiej spółki. W odniesieniu do wymienionego wykonawcy zgodnie z informacją ujawnioną w Krajowym Rejestrze Sądowym do reprezentowania spółki (w tym składania oświadczeń woli) wymagane jest współdziałanie prezesa i członka zarządu lub dwóch członków zarządu. Oznacza to, iż w spółce obowiązuje tzw. reprezentacja łączna - w konsekwencji oświadczenia woli, aby mogły być uznane za złożone w imieniu spółki w sposób ważny i skuteczny muszą pochodzić od co najmniej dwóch członków zarządu.

Odwołujący podkreśla, iż zgodnie z pkt VI.4 SIWZ „ofertą należy składać na formularzu ofertowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SIWZ”. Natomiast zgodnie z pkt VI.6 SIWZ „oferta musi być podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy.”.

Z treści SIWZ (pkt VI.4) wynika wprost, iż podstawowym dokumentem ofertowym jest formularz ofertowy. W przedmiotowym dokumencie zawarto bowiem oświadczenia, o złożeniu oferty, a w związku z tym skuteczne złożenie oświadczeń zawartych w przygotowanym przez Zamawiającego formularzu decyduje o dalszym uczestnictwie wykonawcy w postępowaniu, a przede wszystkim przesądza o związaniu wykonawcy ofertą wobec Zamawiającego.

W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż wykonawca Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku nie złożyła oferty w ramach niniejszego postępowania, albowiem formularz ofertowy nie został podpisany zgodnie z zasadami reprezentacji spółki. Z treści wymienionego dokumentu wynika, iż podpis pod ofertą złożył wyłącznie prezes zarządu spółki - pod ofertą brak jest podpisu drugiego członka zarządu, chociaż na dokumencie

widnieje wyłącznie pieczęta. Natomiast, jak już wspomniano, zgodnie z zasadami reprezentacji spółki, prezes zarządu nie jest uprawniony do jej samodzielnej reprezentacji.

W konsekwencji zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa oświadczenie woli (w tym wypadku oferta) złożone z naruszeniem zasad reprezentacji spółki kapitałowej jest nieważne jako sprzeczne z prawem (art. 58 § 1 k.c.). W tym miejscu wskazać należy, iż Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 lipca 2012 roku (sygn. akt II CSK 744/11) uznał, że „czynność prawna dokonana przez fałszywy organ osoby prawnej (art. 39 k.c.) jest bezwzględnie nieważna i nie podlega konwalidacji, ponieważ art. 103 k.c., wobec braku luki w prawie, nie może do niej znaleźć zastosowania nawet w drodze analogii”. Z uzasadnienia wyroku wynika między innymi, że dopuszczenie możliwości stosowania na zasadzie analogii art. 103 § 1 i 2 k.c. do sytuacji określonej hipotezą art. 39 § 1 k.c. skutkowałoby wprowadzeniem stanu daleko idącej niepewności w obrocie gospodarczym, ponieważ potwierdzanie czynności prawnych mogłoby zależeć od tego, czy skutki takiego potwierdzenia byłyby korzystne czy niekorzystne dla strony uznanej za uprawnioną do dokonania potwierdzenia. Tego rodzaju uznaniowość nie może być zaś akceptowana w toku postępowań o udzielenie zamówienia na podstawie Ustawy ze względu na szczególny sposób wyboru oferty i procedury prowadzącej do zawarcia umowy. Aprobata tego rodzaju działań wykonawców prowadziłaby do paraliżu postępowania, zaś Zamawiający w zasadzie nie dysponowałby instrumentami prawnymi, które pozwalałyby wyegzekwowanie od wykonawcy złożenia wiążącej oferty oraz zawarcia umowy, gdyż w zasadzie do tego momentu wykonawca mógłby swobodnie decydować o tym, czy złożoną ofertę podtrzyma, czy też nie. Ma to także znaczenie w aspekcie tego, że zgodnie z SIWZ Zamawiający wyznaczył termin na złożenie oferty. Natomiast ewentualna dopuszczalność konwalidacji czynności prawnej wywoływałaby skutek *ex nunc*, czyli na przyszłość, co byłoby równoznaczne temu, że oferta (wskutek konwalidacji) zostałaby złożona, po terminie składania ofert, a więc podlegałaby zwrotowi w trybie art. 84 p.z.p. - nie podlegałaby rozpatrzeniu i wyborowi.

Odwołujący podkreśla przy tym, iż kwestia dopuszczalności konwalidacji czynności prawnych dokonanych przez spółkę kapitałową z naruszeniem zasad jej reprezentacji - w realiach niniejszej sprawy - jest wykluczona, bowiem musiałaby dotyczyć czynności jednostronnej jaką jest złożenie oferty. Tymczasem przepis art. 103 k.c. dotyczy wyłącznie czynności dwustronnych. Natomiast zgodnie z art. 104 k.c. „jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna”. W tym zakresie przeciwne podglądy judykatury dopuszczające stosowanie w drodze analogii art. 103 k.c. są bezprzedmiotowe jako nieznajdujące zastosowania do czynności jednostronnych.

W toku niniejszego postępowania Zamawiający (w wykonaniu wyroku KIO z dnia 9 grudnia 2016 roku) wystąpił do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. o przedłożenie pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę. W wykonaniu tego zobowiązania przedłożono dokument pełnomocnictwa, który nie pozwala na uznanie, że osoba pełnomocnika była uprawniona do reprezentowania wykonawcy, w tym uprawniona do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, iż pełnomocnik powinien ujawnić fakt działania w cudzym imieniu, aby czynność prawna wywołała skutki po stronie reprezentowanego (zasada jawności przedstawicielstwa). Co istotne, całokształt okoliczności dokonywania czynności prawnej powinien w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzać, że dana osoba działa w cudzym imieniu (jako pełnomocnik). W sytuacji gdy pełnomocnik nie ujawnia, że działa w cudzym imieniu, należy przyjąć, że skutki prawne czynności powstają po jego stronie. W realiach niniejszej sprawy istotnego znaczenia nabiera kwestia woli osoby składającej oświadczenie (ofertę) co do charakteru, w jakim osoba ta występowała w imieniu spółki.

Zdaniem Odwołującego, w sprawie nie zachodziła jakakolwiek wątpliwość, że M. F. - Prezes Zarządu działał w ramach organu spółki - zarządu, a nie jako jej pełnomocnik. Świadczą o tym następujące fakty:

- a) w treści oferty w żadnym miejscu nie podano, aby wymieniona wyżej osoba działała jako pełnomocnik spółki;
- b) w miejscu przeznaczonym do podpisania formularza ofertowego znajduje się także pieczęć członka zarządu – W. N. (bez podpisu), co potwierdza, iż wymieniona osoba działała z wolą złożenia oferty w ramach organu zarządzającego tj. zarządu;
- c) wśród załączników do oferty (strona 4 punkt 12) nie wymieniono pełnomocnictwa;
- d) wszystkie dokumenty oferty zostały sporządzone w tym samym czasie (w dniu 29 sierpnia 2016 roku), co podważa twierdzenie o tym, że główny dokument oferty podpisał pełnomocnik, zaś pozostałe zarząd spółki.

Odwołujący podnosi, iż przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidują odstępstwa w zakresie oceny skuteczności czynności prawnej w postaci złożenia oferty. W szczególności przepisy ustawy nie pozostawiają Zamawiającemu dowolności w interpretacji obowiązujących wykonawcę zasad reprezentacji, warunkujących skuteczność dokonywanych czynności prawnych. W przeciwnym wypadku wykonawcy (będący spółkami kapitałowymi) mogliby nagminnie i bez konsekwencji prawnych naruszać zasady reprezentacji spółki i w ten sposób konwalidować nieważne oferty (i to z datą wsteczną) w zależności od wyników postępowania przetargowego i posiadanego interesu w uzyskaniu konkretnego rozstrzygnięcia postępowania.

W niniejszej sprawie doszło do sytuacji, w której de facto pozostawiono wykonawcy swobodę i dowolność w konwalidacji nieważnej czynności prawnej. Pomimo tego, że wszystkie fakty świadczą o złożeniu oferty przez zarząd spółki (z naruszeniem zasad reprezentacji), uczyniono z Prezesa Zarządu pełnomocnika. W ten sposób naruszono zasadę równości wykonawców i zasad uczciwej konkurencji - należy bowiem zwrócić uwagę na to, że w zaistniałej sytuacji wyłącznie od woli wykonawcy zależała ważność oferty; wykonawca mógł bowiem dowolnie określić status osoby reprezentującej spółkę.

Dodać także należy, iż kwestia dopuszczalności udzielania pełnomocnictwa do reprezentowania spółki jednemu z członków zarządu nie jest jednoznacznie oceniana w doktrynie. W tym miejscu wskazać należy na poglądy, które wskazują na naruszenie istoty reprezentacji łącznej i obejście przepisów prawa regulujących przedmiotowe zagadnienie (vide: Kidyba Andrzej, Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 205 k.s.h., wyd. XII). Z tego też względu przedłożenie przez Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pełnomocnictwo powinno zostać uznane za nieskuteczne i nie prowadzące do konwalidacji oferty.

Ponadto zgodnie z treścią pełnomocnictwa z dnia 1 sierpnia 2016 roku pełnomocnik został umocowany do prowadzenia spraw spółki. Pełnomocnictwo nie obejmuje zaś uprawnień do reprezentowania spółki. Wykonawca podnosi, iż oba pojęcia tj. „prowadzenie spraw” i „reprezentowanie” spółki na gruncie Kodeksu Spółek Handlowych mają odrębne znaczenia prawne. Z art. 368 § 1 k.s.h. wynika, że „zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę”. Natomiast przepisy art. 371 k.s.h. i art. 372 k.s.h. definiują wymienione pojęcia, które: w przypadku reprezentacji - polegają na podejmowaniu wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki, a w przypadku prowadzenia spraw spółki - polegają na dokonywaniu tzw. czynności wewnętrznych spółki. Innymi słowy prowadzenie spraw spółki oznacza czynności korporacyjne i porządkowe, niezwiązane wprost z kierowaniem przedsiębiorstwem, lecz zapewniające zgodne z prawem i prawidłowe funkcjonowanie spółki jako osoby prawnej, natomiast reprezentacja obejmuje składanie za spółkę oświadczeń woli oraz oświadczeń wiedzy, a także dokonywanie innych czynności wywołujących skutki prawne.

W świetle powyższego wskazać należy, że pełnomocnictwo nie uprawniało do reprezentowania spółki, lecz jedynie do prowadzenia spraw spółki. W konsekwencji pełnomocnictwo nie uprawniało do złożenia oświadczenia woli - oferty w ramach niniejszego postępowania.

Co więcej, pełnomocnictwo wyraźnie wskazuje jedynie na uprawnienie do podpisania oferty, a nie złożenia oferty Zamawiającemu, czyli złożenia oświadczenia woli w imieniu i ze skutkiem dla spółki. W związku z tym czynność w postaci podpisania oferty nie jest

równoznaczna w skutkach z uprawnieniem do złożenia oferty (oświadczenia woli) Zamawiającemu - w tym zakresie brak jest umocowania po stronie pełnomocnika.

Niezależnie od powyższego, okoliczności złożenia przedmiotowego dokumentu wzbudzają uzasadnione wątpliwości co do rzeczywistej daty jego sporządzenia. Zdaniem Odwołującego, wskazane powyżej okoliczności sporządzenia oferty złożonej w postępowaniu co najmniej uprawniają do przypuszczenia, iż wykonawca mógł nie dysponować pełnomocnictwem w dacie składania oferty. Z tych względów, zdaniem Odwołującego, istniejące w sprawie wątpliwości powinny zostać rozwiane w drodze przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu badania dokumentów i pisma ręcznego.

W tym kontekście oferta wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku powinna zostać uznana za sporządzoną z naruszeniem Ustawy oraz wymogów przewidzianych w SIWZ.

Po pierwsze, wskazać należy, iż zgodnie z art. 82 ust. 2 p.z.p. (w brzmieniu sprzed dnia 28 lipca 2016 roku) „ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.". W związku z tym o zachowaniu formy pisemnej można mówić wyłącznie w sytuacji, w której oferta w imieniu spółki kapitałowej zostanie podpisana (art. 78 § 1 k.c.) przez osoby uprawnione do jej reprezentacji oraz zgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi w spółce. W realiach niniejszej sprawy podpisanie oferty w imieniu Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku wyłącznie przez jednego członka zarządu skutkuje niezachowaniem formy, o której mowa w art. 82 ust. 2 p.z.p. Natomiast niezachowanie bezwzględny wymogu zachowania formy pisemnej powoduje bezwzględną nieważność czynności prawnej. Co istotne, brak zachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności nie może być w żaden sposób konwalidowany. Nie zmienia tego fakt zaparafowania pozostałych stron formularza ofertowego (co nota bene zostało dokonane również przez jedną osobę), jak również podpisanie zgodnie z zasadami reprezentacji spółki załączników do formularza ofertowego. Wynika to z faktu, iż podstawowa treść oferty została przewidziana w formularzu ofertowym - zawiera bowiem kluczowe oświadczenia woli, które decydują o złożeniu i związaniu ofertą, zaś załączniki mają jedynie charakter pomocniczy i techniczny.

Po drugie, zgodnie z pkt VI.6 SIWZ oferta powinna zostać podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy. W świetle dotychczasowych uwag oczywiste jest, że oferta nie została podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku. W związku z tym oferta została sporządzona również z naruszeniem postanowień SIWZ.

Po trzecie, ceny brutto poszczególnych etapów zostały podane w formularzu ofertowym w kwotach, których suma nie odpowiada łącznej cenie brutto - różnica wynosi aż 53.010.113,30 zł, co pozostaje w sprzeczności z pkt VI.5 SIWZ.

B.

W dalszej kolejności Odwołujący podkreśla, iż oferta Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku podlegała odrzuceniu z uwagi na złożenie załączników do oferty, sporządzonych niezgodnie z wymogami SIWZ.

Zgodnie z pkt VI.5 SIWZ „ofertę wraz z oświadczeniami oraz załącznikami, dla których zostały opracowane wzory, należy wypełnić zgodnie z wzorami dokumentów, bez dokonywania zmian w ich treści”.

Tymczasem załączniki do oferty zawierają następujące błędy, które dyskwalifikują je w świetle wymogów Zamawiającego zawartych w SIWZ:

1. w pierwszej kolejności wskazać należy, iż załącznik nr 1 do formularza ofertowego zawiera błędy, które skutkują tym, iż w każdym z sześciu etapów wykonywania umowy dla pozycji „opracowanie dokumentacji klasyfikacyjnej” oraz dla pozycji „opracowanie dokumentacji warsztatowej” wykonawca w kolumnie nr 5 („wartość robocizny”) wskazał koszt „0”, podczas

gdy wspomniany załącznik do SIWZ nakazywał obliczenie „wartości robocizny” jako iloczyn wartości z kolumn 3 i 4; biorąc pod uwagę, że kolumny nr 3 i 4 zostały wypełnione przez wykonawcę, kolumna nr 5 nie mogła zawierać kosztu na poziomie „0”; w konsekwencji łączna cena została zaniżona o kwotę 21.534.000,00 zł, co skutkowało błędnym określeniem ceny, która powinna wynieść 305.022.836,81 zł zamiast 283.488.836,81 zł;

2. w załączniku nr 3 wykonawca nie wskazał wartości kosztów pozyskania dokumentacji technicznej dla pozycji od 2 do 16; ponadto kolumna uwagi została wypełniona niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, który zakazał zmian w treści wzorów dokumentów; dodać przy tym należy, iż brak wypełnienia pozycji od 2 do 16 uniemożliwia Zamawiającemu zweryfikowanie i ustalenie łącznego kosztu pozyskania dokumentacji technicznej; co istotne enigmatyczny komentarz zawarty w kolumnie „uwagi” potwierdza nienależyte rozeznanie rynku przez wykonawcę i brak wiedzy co do rzeczywistego kosztu sporządzenia przedmiotowej dokumentacji;

3. w formularzu ofertowym (pkt 10) wykonawca oświadczył, że realizacja przedmiotu zamówienia zostanie powierzona podwykonawcom. Tymczasem w załączniku nr 2 w punktach 4a i 4b „koszty kooperacji” i „koszty obsługi kooperacji” określono jako „0”, co prowadzi do oczywistej sprzeczności wymienionych dokumentów, uniemożliwiającej Zamawiającemu dokonanie weryfikacji oferty w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego, powyższe niezgodności oferty (załączników do oferty) z SIWZ mają charakter istotny i nieusuwalny.

Co więcej, powyższe uchybienia, zdaniem Odwołującego, stanowią także błędy w obliczeniu ceny, które również powinny skutkować odrzuceniem kwestionowanej oferty. Dotyczy to w szczególności błędów, o których mowa pod punktem 1 powyżej, w którym wykazano, że faktycznie cena z oferty wykonawcy winna zostać podwyższona do kwoty 305.022.836,81 zł. Tego rodzaju rozbieżność nie może być zaś traktowana jako oczywista omyłka podlegająca korekcie bez konsekwencji dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem Odwołującego, oczywiste jest, że wymienione pozycje - ze względu na swój charakter i ścisły związek z wykonaniem przedmiotu zamówienia - nie mogły być skalkulowane przez wykonawcę jako „0”. Podkreślenia wymaga, iż błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 p.z.p., to błąd, którego poprawienie z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy - taka sytuacja występuje w kwestionowanej ofercie, bowiem prawidłowe określenie kosztów wykonania dokumentacji, a także kosztów kooperacji, skutkowałoby znaczącym podwyższeniem ceny (istotną zmianą treści oferty) » vide: wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 roku sygn. KIO 1528/10, gdzie wskazano m.in., że opisane wyżej sytuacji znajduje zastosowanie w przypadku „oferty, z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację) będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwie będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje”. Innymi słowy w takiej sytuacji oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., co powinno nastąpić względem oferty Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku.

C.

Odwołujący podkreśla, iż oferta wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz oferta konsorcjum wykonawców Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni oraz Damen Shipyards Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni zawierają rażące błędy w obliczeniu ceny.

W ocenie Odwołującego, kwestionowane oferty zawierają błąd polegający na przyjęciu, iż ceny powinny zostać skalkulowane przy przyjęciu stawki podatku VAT w wysokości 23%. Natomiast jak wynika z rozważań zawartych w punkcie I uzasadnienia odwołania w realiach niniejszej sprawy przedmiot zamówienia (towar) winien być opodatkowany stawką podatku VAT w wysokości 0%. W związku z tym w pełni aktualna pozostaje powyżej przywołana argumentacja, której ponowne przedstawianie w tym miejscu nie jest celowe.

Odwołanie zostało doręczone osobiście Zamawiającemu wraz z załącznikami (potwierdzenie doręczenia odwołania w załączeniu).

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący wnosil jak na wstepie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, jak również na podstawie akt odwoławczych w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16 Izba dokonała następujących ustaleń.

Zamawiający w postępowaniu odwoławczym w Wyroku z dnia 9 grudnia 2016 roku w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16 został zobowiązany do wezwania wykonawcy wybranego w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp do przedstawienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej jednoosobowo formularz ofertowy, którą to osobą był prezes zarządu spółki. Przy czym zgodnie z załączonym wypisem z KRS reprezentacja spółki dla zarządu przewidywała dwuosobową reprezentację.

Przy czym należy nadmienić, że w pozostałym zakresie odwołanie w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16 zostało oddalone; to jest w zakresie odrzucenia oferty odwołującego, który naliczył niewłaściwą stawkę podatku VAT to jest 0% , która miała obowiązywać od 1 stycznia 2017 roku. Natomiast na dzień składania ofert to jest na dzień 16 sierpnia 2016 roku obowiązywała stawka podatku VAT 23 %. Izba oddalając zarzut odwołującego co do stawki VAT podzieliła stanowisko zamawiającego co do obowiązku naliczenia stawki podatku VAT na dzień składania ofert a nie na dzień np.: potencjalnego terminu podpisania umowy. W związku z powyższym zamawiający wykonując ponowne badanie i ocenę ofert zgodnie z nakazem wynikającym z wyroku w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16 ponownie odrzucił ofertę odwołującego z powodu niewłaściwie naliczonej stawki podatku VAT. Bowiem zamawiający w dniu 15 grudnia 2016 roku powołując się na wyrok Izby o Sygn. akt KIO 2222/16 unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i wezwał wykonawcę wybranego do uzupełnienia pełnomocnictwa. Wezwany wykonawca w tym samym dniu złożył pełnomocnictwo upoważniające prezesa zarządu spółki do jednoosobowego złożenia oferty. Pismem z dnia 21 grudnia 2016 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu pozostałych ofert w tym oferty odwołującego. Zamawiający ponownie wybrał tego samego wykonawcę to jest przystępującego po jego stronie. Również ponownie odrzucił ofertę odwołującego z powodu nieprawidłowo naliczonej stawki podatku VAT w wysokości 0% a nie 23 %.

W powyższym stanie rzeczy odwołujący w dniu 2 stycznia 2017 roku ponownie złożył odwołanie powołując się na czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty. Przy czym wnosił te same zarzuty co w poprzednim odwołaniu to jest co do stawki VAT jak i wyboru oferty przystępującego. Przy czym nowa argumentacja faktyczna i prawna w sprawie dotyczyła złożonego pełnomocnictwa do jednoosobowej

reprezentacji dla prezesa zarządu. Z kolei te same zarzuty co do naruszenia prawa i okoliczności faktycznych i prawnych dotyczyły stawki podatku VAT. Przy czym odwołujący po wydaniu wyroku w sprawie KIO 2222/16 w dniu 9 grudnia 2016r. otrzymał w dniu 14 grudnia interpretację indywidualną wystawioną przez Izbę Skarbową w Bydgoszczy w imieniu Ministra Rozwoju i Finansów z której to opinii wynika, że od 1 stycznia 2017 roku obowiązuje na niniejszy przedmiot zamówienia stawka podatku 0% a nie 23 % , która obowiązywała na dzień składania ofert to jest sierpień 2016 roku.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego i prawnego zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 4) ustawy pzp w związku z odrzuceniem oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 6 ustawy pzp to jest błędu w obliczeniu ceny w zakresie stawki podatku VAT o czym rozstrzygnęła Izba wyrokiem w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16 z dnia 9 grudnia 2016 roku. Zgodnie z brzmieniem art. 189 ust.2 pkt 4 ustawy pzp. Izba odrzuca odwołanie jeśli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Tymi samymi okolicznościami było odrzucenie oferty odwołującego z powodu błędnej stawki podatku VAT. Izba nie może ponownie rozstrzygać o odrzuceniu oferty z powodu błędnej stawki VAT nawet gdy zamawiający ponownie badał ofertę odwołującego wskutek nakazu wyroku Izby i ponownie odrzucił ofertę z powodu stawki VAT nawet gdy odwołujący posiadał nowe dowody w sprawie czy przedstawia nową argumentację formalną i prawną co do okoliczności odrzucenia jego oferty w tym wypadku z powodu stawki VAT. Bowiem „przez powoływanie się na te same okoliczności” należy rozumieć stawkę VAT zastosowaną w ofercie odwołującego. W przeciwnym przypadku stanowiłoby to nadużycie prawa w zakresie obowiązującego ustawowego terminu do wniesienia odwołania. W związku z powyższym Izba zarzutów wywiedzionych z zastosowanej stawki podatku VAT nie rozpatrywała. Natomiast przywoływany art.189 ust.2 pkt 4 mówi o odrzuceniu odwołania gdy dotyczy ono wyłącznie tych samych okoliczności. W związku z powyższym, że pzp nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania Izba zarzutów co do stawki VAT nie rozpatrywała ale też odwołania nie odrzuciła rozpoznając zarzut co do nieprawidłowego pełnomocnictwa w ocenie odwołującego, który stanowił nową okoliczność w sprawie.

Pełnomocnictwo udzielone prezesowi zarządu wykonawcy wybranego posiada wymaganą formę pisemną oraz wystawione jest na dzień 1 sierpnia 2016 roku to jest przed upływem terminu składania ofert i podpisane przez dwóch członków zarządu zgodnie z KRS upoważnionych do reprezentacji spółki. Z treści pełnomocnictwa wynika, że Prezesowi Zarządu udziela się pełnomocnictwa do samodzielnego prowadzenia spraw związanych z działalnością spółki w zakresie podpisywania ofert, bez względu na ich wartość i tryb w

jakim oferta będzie składana. Pełnomocnik (Prezes Zarządu) jest umocowany do składania w imieniu Spółki wszelkich oświadczeń woli i wiedzy jakie okażą się niezbędne do wykonania tego pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo obowiązuje na czas zasiadania w zarządzie z prawem udzielania dalszych pełnomocnictw. Tak udzielone pełnomocnictwo dla Prezesa Zarządu odpowiada zakresowi opisanemu w art.98 zdanie drugie k.c. zgodnie z którym do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj, chyba że ustawa wymaga pełnomocnictwa do poszczególnej czynności. Natomiast odwołujący podważając tak udzielone pełnomocnictwo dla Prezesa Zarządu przywołał art. 368 § 1 KSH w myśl którego zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę. Analizując udzielone pełnomocnictwo odwołujący sprowadza je nie do dokonywania czynności prawnych w imieniu spółki tylko do prowadzenia spraw spółki (art.368 § 1 w zw. z art. 371§ 1KSH) odmawiając prezesowi zarządu prawa reprezentacji spółki (art.372§ 2 KSH). W ocenie Izby taka konstatacja jest nieuprawniona z powodu chociażby treści w/w art. 372 § 2 KSH jak i wypisu z KRS gdzie prezes zarządu wymieniony jest w gronie reprezentantów jak i z treści doręzonego pełnomocnictwa.

Wobec powyższego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do interesu w uzyskaniu zamówienia to argumentacja zawarta w odwołaniu jest następująca: „W odniesieniu do interesu Odwołującego wskazać należy, iż kwestionowane czynności Zamawiającego zostały dokonane po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z dnia 9 grudnia 2016 roku w sprawie sygn. akt KIO 2222/16. Odwołujący podnosi, iż przedmiotowy wyrok nie jest prawomocny. W tym kontekście brak jest podstaw do przyjęcia, aby Odwołujący utracił status wykonawcy w prowadzonym postępowaniu, gdyż odrzucenie jego oferty w chwili obecnej nie ma charakteru definitywnego. Nie ogranicza to zatem Odwołującego w możliwości ponownego podniesienia zarzutów wobec kwestionowanych czynności Zamawiającego (mimo że część z nich była przedmiotem rozpoznania w toku wymienionego postępowania).”

Izba co do braku ostatecznego statusu odwołującego jako wykonawcy odrzuconego, któremu nie przysługuje odwołanie, potwierdza jego status jako wykonawcy, który ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy pzp.

W związku z tym Izba nie uwzględniła na posiedzeniu z udziałem stron i przystępującego żądania zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Faktycznie bowiem, co podniósł odwołujący, „Dodatkowo podkreślić należy, że Zamawiający dokonał odrębnej czynności polegającej na ponownym odrzuceniu oferty Odwołującego. Innymi słowy mimo wyroku z dnia 9 grudnia 2016 roku Zamawiający dokonał dalej idących czynności polegających na unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia

16 listopada 2016 roku, a następnie ponownego jej badania i odrzucenia w ramach czynności z dnia 21 grudnia 2016 roku.”

W tym miejscu Izba również stwierdza, że odwołujący ma rację, że w wyniku wykonania wyroku Izby z dnia 9 grudnia 2016 roku w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16 zamawiający unieważnił nie tylko wybór najkorzystniejszej oferty ale również dokonał ponownej czynności badania i oceny pozostałych ofert w tym odrzuconej oferty odwołującego i ponownie odrzucił ofertę odwołującego. Przy czym Izba podkreśla, że ponowne (aktualne) odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło również z tych przyczyn co w postępowaniu w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16.

Izba nie podziela również stanowiska odwołującego, że dla zasadności żądania ponownego rozpoznania przez Izbę zarzutów tożsamy jak w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16 jest okoliczność, że po zamknięciu rozprawy uzyskano interpretację podatkową oraz, że z dniem 1 stycznia 2017 roku weszły w życie przepisy o stawce podatkowej VAT 0 procent (cytat „Dodać również należy, iż zmianie uległ stan faktyczny, gdyż w dniu 14 grudnia 2016 roku Odwołujący uzyskał pozytywną interpretację podatkową, a nade wszystko z dniem 1 stycznia 2017 roku weszła w życie ustawa z dnia 6 lipca 2016 roku o aktywizacji przemysłu okrętowego i przemysłów komplementarnych, zmieniająca między innymi ustawę o podatku od towarów i usług co ma istotne znaczenie dla rozpoznania niniejszej sprawy (o czym mowa szerzej poniżej)”).

W związku z powyższym Izba nie dokonała merytorycznego rozpoznania zarzutów, które są tożsame z zarzutami zawartymi w odwołaniu wniesionym do Izby w dniu 25 listopada 2016 roku w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16. Powyższe stanowisko Izby wynika z treści art.189 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. to jest odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

I tak w przedmiotowym rozpoznawanym odwołaniu znajdują się między innymi następujące zarzuty:

1. „art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 6 k.c. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny wynikającego z zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT, podczas gdy statek będący przedmiotem zamówienia stanowi statek ratowniczy morski, którego dostawa jest opodatkowana stawką podatku VAT w wysokości 0%;
2. art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A., z siedzibą w Gdańsku pomimo tego, że oferta jest nieważna z uwagi na jej sporządzenie i złożenie z naruszeniem zasad reprezentacji tej spółki;

3. art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 82 ust. 2 p.z.p. (w brzmieniu sprzed dnia 28 lipca 2016 roku) w zw. z art. 78 § 1 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z Ustawą;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z pkt VI.4 SIWZ w zw. z pkt VI.6 S1WZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z wymogami SIWZ;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z pkt V1.4 SIWZ w zw. z pkt VI.5 SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pomimo dołączenia do oferty załączników wypełnionych niezgodnie z wymaganiami SIWZ;
6. art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz oferty konsorcjum wykonawców Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni i Damen Shipyards Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni pomimo tego, że zaoferowane ceny zostały obliczone przez wykonawców przy zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy przedmiot zamówienia powinien być objęty stawką podatku VAT w wysokości 0%, co skutkowało błędem w obliczeniu cen;
7. art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pomimo tego, że oferta w zakresie wysokości ceny jest wewnętrznie sprzeczna, jak również cena została błędnie obliczona tj. pozostaje w sprzeczności z danymi wynikającymi z kalkulacji kosztów i zestawienia kosztów.

Izba dla potwierdzenia tożsamości zarzutów poniżej przywołuje się zarzuty z odwołania z dnia 25 listopada 2016 roku w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 6 k.c. przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny wynikającego z zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT, podczas gdy statek będący przedmiotem zamówienia stanowi statek ratowniczy morski, którego dostawa jest opodatkowana stawką podatku VAT w wysokości 0%;

2. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że oferta jest nieważna z uwagi na jej sporządzenie z naruszeniem zasad reprezentacji tej spółki;

3. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy (w brzmieniu sprzed dnia 28 lipca 2016 roku) w zw. z art. 78 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z ustawą;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z pkt VI.4 siwz w zw. z pkt VI.6 siwz przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujący pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z wymogami siwz;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z pkt VI.4 siwz w zw. z pkt VI.5 siwz przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo dołączenia do oferty załączników wypełnionych niezgodnie z wymaganiami siwz;
6. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego oraz oferty konsorcjum wykonawców Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni i Damen Shipyards Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni pomimo tego, że zaferowane ceny zostały obliczone przez wykonawców przy zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy przedmiot zamówienia powinien być objęty stawką podatku VAT w wysokości 0%, co skutkowało błędem w obliczeniu cen;
7. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że oferta w zakresie wysokości ceny jest wewnętrznie sprzeczna, jak również cena została błędnie obliczona tj. pozostaje w sprzeczności z danymi wynikającymi z kalkulacji kosztów i zestawienia kosztów;”

W związku z powyższym jedynym zarzutem odwołania podlegającym rozpoznaniu pozostał zarzut:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 104 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku pomimo tego, że oferta jest nieważna z uwagi na jej sporządzenie i złożenie przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji tej spółki;

Przy czym Izba biorąc pod uwagę powyżej przedstawioną argumentację nie stwierdza naruszenia powyżej przywołanych przepisów prawa.

Zamawiający zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 9 grudnia 2016 roku w sprawie Sygn. akt KIO 2222/16 został zobowiązany do wezwania przystępującego w sprawie Remontowa Shipbuilding Spółka Akcyjna w Gdańsku do uzupełnienia pełnomocnictwa dla M. F. w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp.

Powyższe rozstrzygnięcie Krajowa Izba Odwoławcza we wskazanym uzasadnieniu wyroku w sprawie o Sygn. akt KIO 2222/16 uzasadniła następująco ”Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że oferta jest nieważna z uwagi na jej sporządzenie z naruszeniem zasad reprezentacji tej spółki.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy (w brzmieniu sprzed dnia 28 lipca 2016 roku) w zw. z art. 78 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z ustawą;

Powyższe zarzuty Izba rozpozna łącznie.

Zarzuty zasługują na uwzględnienie częściowo. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z ustawą, a także gdy oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Przepis art. 82 ust. 2 ustawy stanowi, że ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przepis art. 78 § 1 kodeksu cywilnego wskazuje, że dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. W myśl art. 58. § 1 kodeksu cywilnego czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Przepis art. 38 kodeksu cywilnego stanowi, że osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Zgodnie z art. 103. § 1 kodeksu cywilnego jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta. Natomiast art. 104 kodeksu cywilnego wskazuje, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Nadto przepis art. 26 ust. 3 ustawy stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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, 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.

Pomiędzy stronami nie było sporne, że na formularzu ofertowym podpisał się jedynie prezes zarządu. Co oznacza, że formularz ofertowy został złożony w formie pisemnej, bo znajduje się na nim podpis M. F. . Pozostałe załączniki były podpisane przez prezesa zarządu i członka zarządu. Izba przy rozstrzygnięciu wzięła pod uwagę także art. 14 ust. 1 ustawy cytowany wyżej. Z normy tej wynika, że przepisy kodeksu cywilnego mają wprost zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale jedynie w sytuacji, gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy brak pełnomocnictwa jest brakiem usuwalnym. Tym samym sam fakt złożenia oferty przez podmiot, który tego umocowania nie wykazał, nie może być a priori uznany za czynność prawną nieważną, gdyż czynność jednostronną dokonaną przez osobę pełnomocnika działającego bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu – art. 104 kc. Nie jest to także czynność zgodna z ustawą, gdyż oferta powinna być podpisana przez osoby umocowane do działania w imieniu składającego ofertę, a takie umocowanie niewątpliwie z tej oferty nie wynika. W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy, gdyż w ocenie Izby odwołujący nie wykazał na podstawie jakich odrębnych przepisów, które miałyby w niniejszej sprawie zastosowania oferta przystępującego jest nieważna. Oferta ta niewątpliwie została podpisana własnoręcznym podpisem, zaś ustawa nakazuje uzupełniać braki pełnomocnictw. Tym samym jedynie częściowo rację należy przyznać odwołującemu, który zarzuca zamawiającego, że dokonał wyboru oferty, która nie była ofertą zgodną z ustawą. W ocenie Izby zarzut ten obejmuje także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, to jest zaniechania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż zarzut zaniechania odrzucenia oferty jest zarzutem dalej idącym. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że rozstrzygnięcie tego zarzutu w części obejmującej nieprawidłową czynność zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej pozostaje w zakresie kognicji Izby wynikającej z art. 192 ust. 2 ustawy i w tym zakresie nie podziela stanowiska przystępującego. Sam fakt, że pozostałe załączniki oferty zostały podpisane przez osoby umocowane do reprezentacji przystępującego w ocenie Izby nie daje podstaw do przyjęcia, że formularz oferty nie mógł być podpisany przez prezesa zarządu jako pełnomocnika przystępującego, gdyż z doświadczenia życiowego Izby wynika, że oferta wraz ze wszystkim załącznikami nie powstaje jednego dnia i różne jej załączniki mogą być podpisywane przez różne osoby, czy to jako organy, czy pełnomocników. Może być to spowodowane różnymi zdarzeniami tak losowymi – choroba, czy występującymi w spółce – delegacje, wykonywanie innych obowiązków w danym czasie. Ważne jest natomiast, że zamawiający nie powinien dokonać wyboru oferty obarczonej brakiem podlegającym obowiązkowemu uzupełnieniu w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby zatem nie ma w tym stanie prawnym zastosowania norma art. 58 § 1 kc w związku z art. 39 kc i w związku z art. 104 kc. Izba w

całej rozciągłości popiera i uznaje za własną uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 2014r. sygn. akt III CZP 17/14. Natomiast w ocenie Izby powołana wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2012r. sygn. akt I CSK 373/11, choć Izba uważa go za słuszny i w pełni podziela, to jednak nie ma zastosowania dla niniejszej sprawy, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych jest aktem szczególnym w stosunku do kodeksu cywilnego i nakazuje wszelkie braki pełnomocnictw uzupełniać w myśl art. 26 ust. 3 ustawy. Izba zauważa, że pełnomocnictwa nie muszą wyłącznie wykazywać umocowania do działania w imieniu wykonawcy, ale są też pełnomocnictwa wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów własnych wykonawcy, jak i pełnomocnictwa do działania w imieniu podmiotów trzecich, czy do poświadczania dokumentów tych podmiotów itp. Zatem zamawiający powinien zadbać, aby każdy dokument pełnomocnictwa, którego zamawiającemu braku w ofercie był uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, tak aby miał pewność umocowania do działania osób przed nim występujących. W tym stanie rzeczy Izba podziela zarzut odwołującego, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy, uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla M. F. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z pkt VI.4 siwz w zw. z pkt VI.6 siwz przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujący pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z wymogami siwz;

Zarzut potwierdził się częściowo. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Bezsporne jest, że zamawiający wymagał aby oferta została podpisana przez osoby umocowane do działania w imieniu wykonawcy i żeby jeżeli to umocowanie nie wynika z dokumentów rejestrowych do oferty załączono pełnomocnictwo. Bezsporne jest również, że umocowanie do samodzielnego działania dla M. F. nie wynika z dokumentów rejestrowych, a pełnomocnictwa dla niego nie dołączono. W tym stanie prawnym Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego, to jest, że zamawiający w takiej sytuacji powinien był skorzystać z art. 26 ust.3 ustawy i wezwać przystępującego do uzupełnienia braku pełnomocnictwa. W konsekwencji Izba nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla M. F. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.”

W wykonaniu wyroku Izby powyżej przywołanego o Sygn. akt KIO 2222/16, którego uzasadnienie w części odnoszącej się do podpisu oferty zacytowano również powyżej, zamawiający wezwał do uzupełnienia pełnomocnictwa, które przystępujący przedstawił zamawiającemu z datą wystawienia na dzień 1 sierpnia 2016 roku.

Reasumując powyższe Izba nie stwierdza naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp i kodeksu cywilnego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez niego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: