

Sygn. akt KIO/UZP 1118/09

WYROK
z dnia 10 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **SUBIEKT Sp. z o.o. i AW-Inwest A. Dziekońska, A. Dziekoński Sp.j., 24-100 Puławy, ul. Lubelska 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 17 lipca 2009 r.,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez konsorcjum firm: **SUBIEKT Sp. z o.o. i AW-Inwest A. Dziekońska, A. Dziekoński Sp.j., 24-100 Puławy, ul. Lubelska 1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 na rzecz konsorcjum firm: SUBIEKT Sp. z o.o. i AW–Inwest A. Dziekońska, A. Dziekoński Sp.j., 24-100 Puławy, ul. Lubelska 1, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum firm: SUBIEKT Sp. z o.o. i AW–Inwest A. Dziekońska, A. Dziekoński Sp.j., 24-100 Puławy, ul. Lubelska 1.

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach ul. Powstańców 30, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę bonów żywieniowych (kuponów) na posiłki profilaktyczne oraz zapewnienie realizacji tych bonów w placówkach gastronomicznych i handlowych w okresie 36 miesięcy dla pracowników KW S.A. Oddział KWK „Bolesław Śmiały” nr sprawy 050800572.

Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienie sektorowe - Dostawy zamieszczone zostało w Dz. Urz. UE z dnia 19.02.2009 r. nr 2009 /S/34-050073.

W postępowaniu złożyli oferty dwaj wykonawcy:

- 1) SODEXHO PASS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 25,
- 2) konsorcjum firm: SUBIEKT Sp. z o.o. (pełnomocnik) i AW– Inwest A. Dziekońska, A. Dziekoński Sp. j. z siedzibą pełnomocnika konsorcjum w Puławach, ul. Lubelska 1 – odwołujący w przedmiotowej sprawie.

Pismem z dnia 10.07.2009 r. znak: Z/ZZ/ZZS/7065/AR/2009 zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podając, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp, odrzucił ofertę konsorcjum firm: SUBIEKT Sp. z o.o. i AW-Inwest A. Dziekońska, A. Dziekoński Sp.j., ponieważ jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W uzasadnieniu pisma zamawiający podał, że oferta została podpisana przez osoby do tego nieuprawnione. Nowe pełnomocnictwo złożone na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 8.05.2009 r. znak: Z/ZZ/ZZS/4852/AR/2009 zostało udzielone w dniu 14.05. 2009 r., tj. po dniu otwarcia ofert, które nastąpiło w dniu 17.03.2009 r., jest więc nieskuteczne na dzień otwarcia ofert, wobec czego oferta została podpisana przez osoby do tego nieuprawnione. Biorąc pod uwagę klauzulę zawartą w pełnomocnictwie: „niniejsze pełnomocnictwo przedkładamy na potwierdzenie do jakich czynności był upoważniony Lider Konsorcjum w dniu składania ofert i jest upoważniony do tych czynności dalej”, zamawiający stwierdził, że to pełnomocnictwo stanowi naruszenie art. 99 § 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp i podał w piśmie treść części przepisu - „Pełnomocnictwo ogólne powinno być udzielone na piśmie”.

Pismem tym zamawiający zawiadomił, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę drugiego wykonawcy SODEXHO PASS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący wniósł protest pismem z dnia 17.07.2009 r. i wobec jego oddalenia przez zamawiającego pismem z dnia 27.07.2009 r. znak: Z/ZZ/ZZS/7469/TP/2009, wniósł pismem z dnia 4.08.2009 r. odwołanie.

W proteście i w odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu bezpodstawne odrzucenie jego oferty, nieuwzględnienie uzupełnionego pełnomocnictwa na wezwanie zamawiającego, zaniechanie żądania wyjaśnień od odwołującego w przedmiocie nowego pełnomocnictwa, czym naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 8, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp, (zasady postępowania o zamówienie publiczne). Odwołujący podał, że zamawiający bezpodstawnie powołał się na art. 99 § 2 i art. 104 k.c., gdyż pierwszy z przepisów stanowi o pełnomocnictwie ogólnym, a drugi nie był przywołany w piśmie o odrzuceniu oferty.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o:

- 1) uznanie za właściwe i wystarczające pełnomocnictwo złożone przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami,
- 2) anulowanie decyzji o wyborze oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i spełniania wymogów SIWZ,
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, która spełnia wymogi SIWZ i nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający oddalił protest w całości jako bezzasadny i powtórzył w uzasadnieniu argumentację podaną w zawiadomieniu o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując, że pierwotne pełnomocnictwo uzależniało podpisanie oferty od zgody członków konsorcjum, zatem wymagana była taka zgoda. Pełnomocnictwo złożone na wezwanie zamawiającego zostało wystawione w dacie po otwarciu ofert, zatem oferta podpisana została przez podmiot nieuprawniony. Powtórzył przepis art. 99 § 2 k.c. o pisemnej formie pełnomocnictwa ogólnego oraz powołał się na art. 104 k.c. o nieważności jednostronnej czynności prawnej dokonanej w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska oraz złożyły następujące wyjaśnienia.

Odwołujący wnosząc o uwzględnienie odwołania wyjaśnił, że pierwotne pełnomocnictwo z dnia 13.03.2009 r. w punkcie oznaczonym literą a), upoważniało lidera konsorcjum do reprezentowania konsorcjum przed zamawiającym we wszystkich sprawach dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Już tylko z tego postanowienia pełnomocnictwa wynika wystarczające umocowanie lidera do dokonania czynności, jaką jest podpisanie oferty.

W wezwaniu z dnia 8.05.2009 r. do uzupełnienia pełnomocnictwa, zamawiający żądał dostarczenia nowego pełnomocnictwa lub zgody członków konsorcjum.

W odpowiedzi na powyższe, odwołujący dostarczył zamawiającemu nowe pełnomocnictwo z dnia 14.05.2009r., które spełnia wymogi zamawiającego. Odwołujący podniósł, że nie jest istotna data wystawienia dokumentu w przypadku jego uzupełnienia, ale potwierdzenie wymogu na dzień składania ofert. Istotna jest więc treść, którą zawiera uzupełniony dokument. Wskazał, że takie stanowisko potwierdza również wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 845/09.

Podniósł również, że nowe pełnomocnictwo zawierało umocowanie lidera konsorcjum do dokonania czynności, których dokonał podpisując i składając ofertę.

W ostatnim akapicie pełnomocnictwa, członkowie zarządu obu spółek potwierdzili do jakich czynności uprawniony był lider konsorcjum w dniu składania ofert, zgodnie z żądaniem zamawiającego.

Podniósł, że w rozstrzygnięciu protestu zamawiający powołał się na art. 99 § 2 kc i na art. 104 kc. Przepisy te, w ocenie odwołującego, nie mają zastosowania w sprawie, ponieważ art. 99 § 2 kc stanowi, iż w przypadku udzielenia pełnomocnictwa ogólnego, wymagana jest forma pisemna pełnomocnictwa, natomiast art. 104 kc stanowi o nieważności czynności prawnej dokonanej jednostronnie, bez umocowania.

Stwierdził, że w przedmiotowej sprawie pełnomocnictwo zostało złożone w formie pisemnej i czynność polegająca na podpisaniu i złożeniu oferty, została dokonana na mocy pełnomocnictwa, a więc art. 104 kc nie ma w tym przypadku zastosowania.

Podał ponadto, że w rozstrzygnięciu protestu zamawiający ustosunkował się tylko do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp, nie ustosunkował się natomiast do zarzutu naruszenia pozostałych przepisów wskazanych w proteście, co oznacza, że część zarzutów zamawiający uznał za zasadne, a tylko część z nich oddalił.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania, podał, że przedmiotem odwołania jest pełnomocnictwo z dnia 14.05.2009 r. i jego skuteczność na dzień otwarcia ofert.

Wskazał, że w pełnomocnictwie z dnia 13.03.2009 r. złożonym wraz z ofertą, w pkt c), członkowie konsorcjum postanowili, że lider konsorcjum upoważniony jest do podpisywania dokumentów w imieniu i za zgodą członków konsorcjum, w tym oferty przetargowej i umowy o realizacji przedmiotu zamówienia publicznego.

Mając na uwadze, że z treści art. 82 Pzp wynika obowiązek złożenia oferty w formie pisemnej pod rygorem nieważności czynności i z treści art. 99 § 1 kc, że jeżeli do czynności prawnej wymagana jest forma szczególna, to również pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w takiej samej formie, zamawiający uznał, że pełnomocnictwo z dnia 13.03.2009 r., jako wadliwe, w sumie nie istnieje, gdyż przy złożonej ofercie brak było pisemnej zgody członków zarządu konsorcjum na podpisanie oferty przez lidera konsorcjum. Z tego powodu, zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 08.05.2009 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia albo nowego pełnomocnictwa, albo dołączenia zgody członków zarządu na dokonanie czynności podpisania oferty.

Zamawiający stwierdził, że zgoda członków zarządu, bądź nowe pełnomocnictwo mogło być skuteczne wyłącznie wtedy, gdy zostało udzielone (wystawione) z datą nie późniejszą, niż dzień składania ofert, tj. najpóźniej w dniu 17.03.2009 r.

Podniósł, że odwołujący nie oprotestował powyższego wezwania, wobec tego uznał je za zasadne, co oznacza zgodę na stwierdzenie, że wskazane pełnomocnictwo z dnia 13.03.2009 r. nie jest prawidłowe. Odwołujący przesłał zamawiającemu nowe pełnomocnictwo z dnia 14.05.2009 r., które co do treści, w ocenie zamawiającego, jest prawidłowe, jednakże ze względu na datę jego wystawienia – 14.05.2009 r., nie może stanowić podstawy skutecznego potwierdzenia zgody na podpisanie umowy przez lidera konsorcjum.

Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 298/09, strona 4. W konsekwencji zamawiający uznał, że dokument wystawiony po upływie terminu składania ofert tj. pełnomocnictwo z dnia 14.05.2009 r., nie może potwierdzać skuteczności czynności, która miała miejsce w dniu upływu tego terminu - 17.03.2009 r.

Również zamawiający podniósł, że nie mógł wystąpić do odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, ponieważ przepis ten odnosi się do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31.01.2007 r. sygn. akt V Ca 5/07. Wyrok ten dotyczy powyższego stwierdzenia zamawiającego o niemożności składania wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie pełnomocnictwa. Zamawiający podniósł, że zgodnie z poglądem doktryny, uzupełnienie pełnomocnictwa powinno być dokonane najpóźniej z datą, w której nastąpił upływ terminu składania ofert, a więc wykonawca może złożyć pełnomocnictwo na wezwanie do jego uzupełnienia, ale powinno ono być wystawione z datą nie późniejszą, niż dzień upływu terminu składania ofert. Późniejsza data pełnomocnictwa w przypadku jego uzupełnienia nie może mieć miejsca.

Podkreślił, że przedmiotem rozpoznania odwołania jest nie pełnomocnictwo z dnia 13.03.2009 r., lecz pełnomocnictwo z dnia 14.05.2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, oryginalną dokumentację postępowania dostarczoną przez zamawiającego wraz z ofertami złożonymi w postępowaniu oraz wyjaśnienia stron postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wnosząc protest i odwołanie. Interes prawny wynikający ze wskazanego przepisu sprowadza się do doznania uszczerbku w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku wykazania przez odwołującego naruszenia przez zamawiającego podanych w odwołaniu przepisów, naruszenie to jako mające wpływ na wynik postępowania, ewentualnie stworzyłoby możliwość odwołującemu uzyskania zamówienia.

W ocenie KIO, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 1a Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

KIO uznała, że w pierwotnym pełnomocnictwie z dnia 13.03.2009 r. złożonym przez odwołującego wraz z ofertą, w treści punktu oznaczonego lit. c) zawarty był wymóg zgody członków konsorcjum na podpisanie oferty. Wymóg ten, w sytuacji podpisania pełnomocnictwa przez obu wykonawców tworzących konsorcjum i umocowania pełnomocnika-lidera konsorcjum do reprezentowania konsorcjum przed zamawiającym we

wszystkich sprawach dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – lit. a) był, zdaniem KIO, zbędny i niezbyt jasny, nie określał bowiem w jakiej formie i na jakim etapie taka zgoda miałaby być wyrażana, ale skoro taką treść zamieścił odwołujący w pełnomocnictwie, zamawiający miał obowiązek uwzględnić ten wymóg przy ocenie ofert.

Zamawiający więc wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia albo nowego pełnomocnictwa, albo doręczenia zgody członków konsorcjum na podpisanie oferty przez lidera konsorcjum, która to czynność miała już miejsce w dniu 13.03.2009 r. Zgoda taka, z uwagi na fakt, że wszyscy wspólnicy spółek (po dwóch w każdej spółce) są wyłącznymi członkami zarządów tychże spółek (także po dwóch w każdej spółce) i wszyscy wspólnicy oraz jednocześnie wszyscy członkowie zarządów tych dwóch spółek tworzących konsorcjum, złożyli podpisy pod treścią pełnomocnictwa z dnia 13.03.2009 r. i z dnia 14.05.2009 r. również, w rzeczywistości istniała, nie była tylko dołączona jako odrębny dokument do oferty.

Ponadto należy zauważyć, że oferta została podpisana przez obu członków dwuosobowego zarządu SUBIEKT Sp. z o.o. Artura Dziekońskiego i Macieja Łacica, wyłącznych wspólników tejże spółki, jako członków zarządu lidera konsorcjum, a Artur Dziekoński jest także jednym z dwóch wspólników i jednym z dwóch członków zarządu AW-INWEST A. Dziekońska A. Dziekoński Sp.j., uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji spółki w sądzie i poza sądem (odpisy KRS: 0000226930 i KRS: 0000225243 obu spółek załączone do akt sprawy).

Zatem, wymóg zgody członków konsorcjum na podpisanie oferty przez lidera konsorcjum, w sytuacji gdy ci członkowie podpisali pełnomocnictwo i w sumie ofertę, stanowi, w ocenie KIO, przypadkowe wykorzystanie formularza pełnomocnictwa zawierającego zbędne regulacje.

W wyniku nowelizacji art. 26 ust. 3 Pzp stworzono możliwość wykonawcom uzupełniania pełnomocnictw, zarówno w sytuacji kiedy ich nie złożono we właściwym terminie, jak również w sytuacji, gdy złożono pełnomocnictwa wadliwe. Na zamawiającym ciąży obowiązek żądania uzupełnienia pełnomocnictwa, ale tylko wtedy gdy go nie złożono lub zawiera ono błędy lub wady. Obowiązek żądania uzupełnienia pełnomocnictwa jest wyłączony, gdy pomimo jego złożenia zamawiający i tak zobowiązany byłby do odrzucenia oferty lub do unieważnienia postępowania.

Uzupełnienie dokumentów, w tym pełnomocnictwa, stanowi właściwie dokonaną czynność, gdy mimo daty wystawienia dokumentów po upływie terminu składania ofert, potwierdzają one spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Zatem, w ocenie KIO, odwołujący składając nowe pełnomocnictwo z dnia 14.05.2009 r., w terminie wymaganym przez zamawiającego, z którego wynika zakres umocowania lidera, w

tym do czynności podpisania oferty konsorcjum i potwierdzenie przez uprawnionych reprezentantów członków konsorcjum, że do tej czynności lider konsorcjum umocowany był w dacie składania ofert, zastosował się właściwie do wezwania zamawiającego i w sposób zgodny z treścią art. 26 ust. 3 Pzp.

Gdyby przyjąć stanowisko zamawiającego o obowiązku uzupełnienia pełnomocnictwa, ale w taki sposób, że wystawienie pełnomocnictwa ma nastąpić w terminie (z datą) nie późniejszym, niż upływ terminu składania ofert, wówczas przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie miałby sensu, a wykonawcy zobowiązani byliby do wystawiania dokumentów z datą wsteczną, co jest niedozwolone i niemożliwe do spełnienia.

KIO nie podziela poglądu zamawiającego, co do rodzaju pełnomocnictwa w postępowaniu, jako pełnomocnictwa ogólnego. W orzecznictwie i doktrynie ukształtował się już pogląd, że czynności dokonywane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wymagają umocowania co najmniej rodzajowego. Z uwagi, że postępowanie, co do zasady, prowadzone jest w formie pisemnej, pełnomocnictwa także składane są w formie pisemnej. W takiej też formie zostało złożone pełnomocnictwo, zarówno z dnia 13.03.2009 r., mimo nie załączenia zgody członków konsorcjum na podpisanie umowy przez lidera konsorcjum i braku podstaw do uznania, że to pełnomocnictwo nie istnieje, jak i pełnomocnictwo z dnia 14.05.2009 r.

Zamawiający zobowiązany był więc uznać, że pełnomocnictwo z dnia 14.05.2009 r., przede wszystkim ze względu na fakt potwierdzenia przez członków konsorcjum umocowania lidera-pełnomocnika konsorcjum do podpisania umowy w dniu składania ofert, jest właściwym uzupełnieniem pełnomocnictwa, zgodnym z żądaniem zawartym w piśmie z dnia 8.05.2009 r., stanowiącym wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W tej sytuacji brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Biorąc pod uwagę powyższe, KIO na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 1a i ust. 2 pkt 1 Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust.1 pkt 2 lit.b rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....