

Sygn. akt: KIO/UZP 1472/09

WYROK
z dnia 25 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**
Członkowie: **Klaudia Szczytowska – Maziarz**
 Ryszard Tetzlaff
Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o., ul. Barlickiego 2, 44-100 Gliwice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Rybnicka 47, 44-100 Gliwice**, protestu z dnia 9 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Energa – Obrot S.A., ul. Mikołaja Reja 29, 80-870 Gdańsk**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o., ul. Barlickiego 2, 44-100 Gliwice 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 uiszczonego przez **Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o., ul. Barlickiego 2, 44-100 Gliwice**;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o., ul. Barlickiego 2, 44-100 Gliwice** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Rybnicka 47, 44-100 Gliwice**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) 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 **Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o., ul. Barlickiego 2, 44-100 Gliwice**.

U z a s a d n i e

Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, zwana dalej „*Odwołującym*”, złożyła protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Sprzedaż energii elektrycznej dla PWiK Sp. z o.o. w Gliwicach”, prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 7 lipca 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 127-185807).

W postępowaniu tym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Energa – Obrót S.A. z siedzibą w Gdańsku, jednocześnie też odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jako nieważną na podstawie innych przepisów. W informacji o wynikach postępowania doręczonej Odwołującemu w dniu 4 września 2009 r. poinformował go, że w jego ofercie Formularz Ofertowy nie został prawidłowo podpisany, tj. zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w odpisie KRS załączonym do oferty tego wykonawcy. Złożona przez Odwołującego oferta została podpisana przez jednego prokurenta, podczas gdy - zgodnie z odpisem KRS - Odwołujący może być reprezentowany w przypadku zarządu jednoosobowego przez prezesa zarządu samodzielnie lub przez dwóch prokurentów łącznie.

W związku z odrzuceniem oferty Odwołujący w piśmie z dnia 9 września 2009 r. złożył Zamawiającemu protest (wpływ do Zamawiającego w dniu 10 września 2009 r.). W proteście wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Podniósł, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty była nieuprawniona bowiem osoba podpisująca się pod ofertą (Pan Piotr G.) nie

występowała jako prokurent firmy lecz jako jej pełnomocnik, któremu udzielono szczególnego pełnomocnictwa do samodzielnego złożenia oferty w imieniu spółki i z tego też względu do tej osoby nie mają zastosowania zasady reprezentacji określone w umowie Spółki, a uwidocznione w odpisie KRS.

Odwołujący w proteście wskazał też, że w niniejszej sprawie Zamawiający zobowiązany był do wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa. Jego zdaniem dopiero brak przedłożenia takiego dokumentu w wyniku wskazanego wezwania, mógłby skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego.

Protest został podpisany przez Pana Tomasza O. – radcę prawnego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 września 2009 r., którego kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika załączono do protestu.

O proteście Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu (wezwanie z dnia 14 września 2009 r.). Energa – Obrót S.A. pismem z dnia 16 września 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 17 września 2009 r.) złożyła do Zamawiającego przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując na jego niezasadność.

Zamawiający w piśmie z dnia 18 września 2009 r. rozstrzygnął protest przez jego odrzucenie na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, jako protest wniesiony przez podmiot nieuprawniony. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, że załączona do protestu kopia pełnomocnictwa poświadczona za zgodność z oryginałem wyłącznie przez radcę prawnego, dla którego pełnomocnictwo zostało udzielone, nie jest wystarczająca dla uznania, że Pana Tomasz O. został upoważniony do reprezentacji Odwołującego. Podkreślił, że pełnomocnictwo nie zostało złożone w oryginale, ani też w formie kopii poświadczonej notarialnie, zgodnie z przepisami ustawy o notariacie. Poświadczenie za zgodność z oryginałem przez samego radcę prawnego było w ocenie Zamawiającego nieuprawnione. Według niego radcy prawni mają prawo uwierzytelniania odpisów dokumentów jedynie w wyjątkowych sytuacjach procesowych, a więc w postępowaniu sądowym, a nie w postępowaniu o zamówienie publiczne przed Zamawiającym. Przywołał w tym zakresie uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2004 r. (sygn. akt: III CZP 21/04). Zamawiający wskazał, że wyłącznie w postępowaniu odwoławczym zastosowanie znajdują przepisy Kpc o sądzie polubownym, jednakże przepisy te nie mają zastosowania do postępowania protestacyjnego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że nawet w przypadku, gdyby protest nie podlegał odrzuceniu, podlegałby on oddaleniu, z uwagi na jego bezzasadność.

Wskazał, że oferta Odwołującego podpisana została przez Pana Piotra Gołębiowskiego występującego jako prokurent firmy, co potwierdzała pieczęć tej osoby oraz inne dokumenty załączone do oferty, które zostały podpisane łącznie przez dwóch prokurentów, zgodnie z reprezentacją Odwołującego.

Odwołujący od rozstrzygnięcia protestu złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (złożenie odwołania w dniu 28 września 2009 r. w placówce pocztowej operatora publicznego). Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

W odwołaniu podtrzymane zostały te same zarzuty, które Odwołujący podniósł w proteście. Jednocześnie też odniósł się on do stanowiska Zamawiającego odnośnie odrzucenia protestu, wskazując, że zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem protest może być złożony w jakiegokolwiek formie, która pozwala Zamawiającemu na zapoznanie się z treścią środka ochrony prawnej. Podstawą odrzucenia protestu przez Zamawiającego była właśnie forma pełnomocnictwa, a to – w ocenie Odwołującego – nie może mieć znaczenia. Pełnomocnictwo dla radcy prawnego – Tomasza O. zostało bowiem udzielone, a kopia tego pełnomocnictwa poświadczona za zgodność z oryginałem potwierdza tę okoliczność. Podkreślił, że dopuszczenie możliwości złożenia protestu faksem, uniemożliwia tą drogą przekazanie oryginału dokumentu. Powołał się na przepisy Kodeksy cywilnego, które w sytuacjach nieuregulowanych na podstawie art. 14 ustawy Pzp mają zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych to przepisów nie wynika wymóg jakiejś szczególnej formy dla pełnomocnictwa. Wyłącznie art. 99 § 2 Kc przewiduje, że pełnomocnictwo ogólne powinno być udzielone pod rygorem nieważności na piśmie, pełnomocnictwo dla radcy prawnego ma zaś charakter szczególny i mogło być udzielone skutecznie w jakiegokolwiek formie.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w żaden sposób nie kwestionował zakresu pełnomocnictwa, a jeśli miał w tym zakresie wątpliwości mógł zwrócić się w trybie art. 103 Kc do Odwołującego o potwierdzenie czynności pełnomocnika. Podkreślił też, że pismem z dnia 18 września 2009 r. doręczył Zamawiającemu sporne pełnomocnictwo w oryginale.

Co do zarzutu merytorycznego, Odwołujący podtrzymał w pełni swoje stanowisko wyrażone w proteście, wskazując dodatkowo, że Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełniania pełnomocnictwa dla Pana Piotra G. Podkreślił, że odrzucenie jego oferty związane jest - nie z rzekomymi błędami przy składaniu oferty, a wynika z dodatkowych obostrzeń, które wprowadził do oferty Odwołujący, które dotyczą treści przyszłej umowy, a które to obostrzenia miały go zabezpieczyć przed niewypłacalnością Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego w dniu 18 listopada 2009 r. Energa-Obrót S.A. złożyła przystąpienie po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu oraz w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, jak i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba uznała, że kopia pełnomocnictwa z dnia 10 września 2009 r. dla Pana Tomasza O. – radcy prawnego, załączona do protestu była wystarczającym dowodem potwierdzającym umocowanie wskazanej osoby do działania w imieniu i na rzecz Odwołującego w niniejszym postępowaniu, w szczególności w zakresie wnoszenia protestów i odwołań. Podstawą takiego ustalenia dokonanego przez skład orzekający Izby jest przepis art. 14 ustawy Pzp, który odsyła do stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacjach nieuregulowanych, przepisów Kc. Co do pełnomocnictw przepisów ustawy Pzp, jak i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, nie odnoszą się one do tych kwestii. Tym samym zatem przepisy Kc dotyczące pełnomocnictw znajdują tutaj swoje zastosowanie. Przepisy te regulują pełnomocnictwo materialne, a nie procesowe, nie wskazując jednocześnie jakiejś szczególnej formy dla niego (wyjątek stanowi w tym zakresie pełnomocnictwo ogólne, które nie znajduje odniesienia w tym przypadku – art. 99 § 2 Kc).

Uwzględniając powyższe, w ocenie składu orzekającego Izby, wystarczającym potwierdzeniem faktu, że wskazane pełnomocnictwo zostało udzielone radcy prawnemu Tomaszowi O. jest kopia tego pełnomocnictwa potwierdzona przez pełnomocnika za zgodność z oryginałem. Powyższe wypełnia w dostateczny sposób wymóg pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie kwestionował jednak okoliczności, że pełnomocnictwo to nie zostało w ogóle udzielone, czy też tego, że jego zakres jest niewystarczający, lecz wyłącznie samą formę, co – jak wskazano – nie może deprymować pełnomocnictwa faktycznie udzielonego wskazanej osobie przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zarzuty sformułowane przez Odwołującego Izba stwierdziła również, że przesłanka interesu prawnego tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona.

Co do zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Podstawą tych ustaleń składu orzekającego Izby stał się materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie, tj. przede wszystkim dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazana w kopii przez Zamawiającego do akt sprawy oraz przedłożona do wglądu Izby w oryginale w toku rozprawy, w tym w szczególności: oferta Odwołującego i SIWZ, jak również stanowiska stron postępowania oraz Przystępującego wyrażone w pismach złożonych w toku postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w trakcie rozprawy.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa, Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Podstawą takiego stanowisko składu orzekającego Izby jest brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazującego na obowiązek wezwania przez zamawiającego wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa, w sytuacji jego braku lub popełnionego w nim błędu, z którego to obowiązku zamawiający jest zwolniony, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. Niesporną pomiędzy stronami postępowania i Przystępującym była okoliczność, iż Pan Piotr Gołębiowski, podpisujący się pod formularzem ofertowym Odwołującego, nie miał uprawnienia do samodzielnej reprezentacji Odwołującego, które to uprawnienie wynikałoby z zasad reprezentacji spółki. Choć faktycznie mylącym dla Zamawiającego mogło być posługiwanie się przez Pana Piotra Gołębiowskiego przy podpisywaniu oferty pieczęcią imienną z określeniem „Prokurent” oraz okoliczność, że inne dokumenty w ofercie zostały podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji Odwołującego zgodnie z odpisem z KRS, do obowiązków Zamawiającego należało wezwanie Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla wskazanej osoby.

Uwzględniając jednak okoliczność również bezsporną pomiędzy stronami postępowania oraz Przystępującym, że oferta Odwołującego zawiera obostrzenia w stosunku do wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ, co do warunków realizacji umowy, czyniąc ją w tym zakresie sprzeczną z treścią SIWZ (dodatkowe warunki terminu ważności oferty Odwołującego, jej przyjęcia i realizacji umowy w stosunku do postanowień SIWZ), oferta ta powinna być odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Okoliczność ta była w toku postępowania protestacyjnego podnoszona przez Zamawiającego i – jak wskazano powyżej – przyznana przez Odwołującego w treści odwołania. Okoliczności te potwierdziła również Izba, przeprowadzając dowód z

dokumentów, tj. z oferty Odwołującego (str. 14-15) oraz postanowień SIWZ. Nie bez znaczenia dla ważności oferty Odwołującego jest jego dobrowolne, niewymagane przez Zamawiającego oświadczenie woli zawarte w treści oferty odnośnie terminu ważności oferty, który – zgodnie z oświadczeniem Odwołującego - upłynął w dniu 25 października 2009 r. o godz. 14.00

Niezależnie zatem od tego, czy Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełniania pełnomocnictwa, czy też nie uczyniłby tego, oferta Odwołującego z uwagi na wskazaną bezsprzecznie niezgodność z SIWZ, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu nie miałoby zatem żadnego wpływu na wynik postępowania, stosownie do treści art. 191 ust. 1a ustawy Pzp. Tym samym więc nakazanie dokonania tej czynności Zamawiającemu mija się z celem w ocenie Izby, z uwagi także na zasadę szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ekonomikę procesową.

Skład orzekający Izby nie odniósł się do pozostałych niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, przyjmując, że w tym zakresie - wobec braku określenia tych okoliczności w informacji o wynikach postępowania, przekazywanej wykonawcom na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp - powyższe uniemożliwiłoby obronę swoich racji przez Odwołującego w trybie środków ochrony prawnej.

Brak w informacji o wynikach postępowania okoliczności, które w ocenie Izby bezwzględnie skutkują odrzuceniem oferty Odwołującego, nie ogranicza – zdaniem Izby – Odwołującemu prawa do obrony. Okoliczności te bowiem Odwołującemu były znane, a wręcz przez niego przyznane w treści odwołania. Okoliczności te zatem są bezsporne i żądanie uzupełniania dokumentu pełnomocnictwa od Odwołującego w tym przypadku skutkowałoby jedynie zbędną przewlekłością postępowania.

Jednocześnie też Izba, biorąc pod uwagę treść art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp, nie mogła rozpoznać zarzutu formalnego naruszenia przez Zamawiającego art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, z uwagi na to, że nie był on poprzedzony protestem.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba postanowiła również, działając na podstawie przepisów rozprawdzenia 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 ze zm.), uwzględnić koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie przedłożonej do akt sprawy faktury.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....