

WYROK

z dnia 17 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adam Żak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo – Budowlana Adam Żak Kłoda 16A/7, 64-130 Rydzyna oraz Ryszard Chmielewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Ryszard Chmielewski ul. Borowikowa 12, 64-100 Leszno

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Mechaników Polskich
ul. Świętokrzyska 14, 00-015 Warszawa**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części I i III,**

2. kosztami postępowania obciąża Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Mechaników Polskich ul. Świętokrzyska 14, 00-015 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adam Żak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo – – Budowlana Adam Żak Kłoda 16A/7, 64-130 Rydzyna oraz Ryszard Chmielewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Ryszard Chmielewski ul. Borowikowa 12, 64-100 Leszno,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Mechaników Polskich ul. Świętokrzyska 14, 00-015 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adam Żak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo – – Budowlana Adam Żak Kłoda 16A/7, 64-130 Rydzyna oraz Ryszard Chmielewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Ryszard Chmielewski ul. Borowikowa 12, 64-100 Leszno** tytułem zwrotu kosztów wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 462/11 z 17 marca 2011 r.

Zamawiający – Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Mechaników Polskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na remont pokoi hotelowych z łazienkami, remont pomieszczeń na saunę, budowę sauny z wyposażeniem, remont pomieszczeń w przyziemiu, zakup i założenie wykładzin w salach wykładowych i na ciągach komunikacyjnych Zamku SIMP w Rydzynie* w ramach projektu *Zwiększenie atrakcyjności turystycznej i promocji regionu leszczyńskiego poprzez podniesienie standardu Zamku w Rydzynie, Priorytet VI Turystyka i Środowisko Kulturowe, Działanie 6.1 Turystyka, Schemat i Infrastruktura turystyczna WRPO na lata 2007 – 2013* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 26 stycznia 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1 marca 2011 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Adam Żak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo – Budowlana Adam Żak oraz Ryszard Chmielewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Ryszard Chmielewski otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że nie złożył pełnomocnictwa, którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7 marca 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu rażące naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie obligatoryjnego wezwania go do przedłożenia pełnomocnictwa,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na błędnym i bezpodstawnym przyjęciu, że brak przekazania Zamawiającemu informacji o ustanowieniu pełnomocnika

pomimo braku wezwania do przedłożenia pełnomocnictwa stanowi przesłankę odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą,

3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z punktem 7.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zaniechanie obligatoryjnego wezwania wykonawcy do przedłożenia pełnomocnictwa i tym samym naruszenie równego traktowania wykonawców i w konsekwencji udzielenie zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w części I i III przedmiotu zamówienia,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w części I i III,
3. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w części I i III,
4. powtórzenie postępowania przetargowego w części I i III w zakresie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
5. uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą,
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, ewentualnie, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o unieważnienie umowy oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wniósł też o przeprowadzenie dowodów ze wskazanych dokumentów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegało na zaniechaniu obligatoryjnego wezwania go do przedłożenia brakującego pełnomocnictwa, zaś naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest konsekwencją powyższego naruszenia i polegało na błędnym i bezpodstawnym przyjęciu, że brak przekazania Zamawiającemu informacji o ustanowieniu pełnomocnika, pomimo braku

wezwanie do przedłożenia pełnomocnictwa, stanowi przesłankę odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą. Skuteczne odrzucenie oferty mogłoby mieć miejsce wówczas, gdyby Odwołujący nie przedłożył pełnomocnictwa pomimo wcześniejszego wezwania do jego przedłożenia przez Zamawiającego.

Naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z punktem 7.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegało na zaniechaniu obligatoryjnego wezwania wykonawcy do przedłożenia pełnomocnictwa, czego konsekwencją jest naruszenie równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Punkt 7.6. specyfikacji bowiem wyraźnie stanowi o obligatoryjnym wezwaniu wykonawców do złożenia odpowiednich pełnomocnictw (stanowi powtórzenie treści art. 26 ust. 3).

Odwołujący wskazał, że 22 lutego 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełniania wskazanych w wezwaniu braków (innych niż pełnomocnictwo), zatem Zamawiający miał pełną możliwość wezwania wykonawcy do przedłożenia pełnomocnictwa.

Nadto Zamawiający nie poinformował o odrzuceniu oferty i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej uczestnika konsorcjum – Ryszarda Chmielewskiego, o czynnościach Zamawiającego informowany był wyłącznie Adam Żak.

Powyższe naruszenia doprowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania wyboru oferty bez jej uwzględniania, co miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta Odwołującego była najkorzystniejsza.

Zamawiający podczas rozprawy stwierdził, iż art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczący uzupełnienia pełnomocnictwa nie ma zastosowania w sytuacji, gdy pełnomocnik, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie został ustanowiony, gdyż, skoro nie ma pełnomocnika, niecelowe jest wzywanie o pełnomocnictwo. Oferta została podpisana przez dwóch wykonawców, zatem niewiadome jest, kto komu miałby udzielić pełnomocnictwa.

W odniesieniu do pisma wzywającego do uzupełnienia dokumentów z 22 lutego 2011 r. stwierdza, iż dotyczy ono wyłącznie pana Żaka i części II zamówienia, dla której złożył on ofertę samodzielnie.

Informacja o wyniku postępowania została przekazana zarówno panu Żakowi, jak i panu Chmielewskiemu, z tym że pan Żak odebrał ją osobiście, a do pana Chmielewskiego została przesłana pocztą.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, wskazanych pism oraz z wyjaśnień Stron i stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony przez Strony nie jest sporny i pokrywa się ze stanem wynikającym z dokumentacji postępowania.

Bezsporne jest, że oferta została podpisana przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zatem sama oferta została złożona w sposób poprawny i jest ważna.

Bezsporne jest także, że w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca nałożył na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu i niewyznaczenie pełnomocnika jest

uchybieciem temu obowiązkowi. Celem wprowadzenia tego wymogu jest niewątpliwie ustalenie i ułatwienie zamawiającym przekazywania i otrzymywania oświadczeń i zawiadomień do i od jednego pełnomocnika, a nie każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Natomiast biorąc pod uwagę całokształt przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz prawa cywilnego, należy stwierdzić, że przepis ten nie przewiduje sankcji w przypadku niewypełnienia tego obowiązku, a już w szczególności w postaci wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub odrzucenia ich oferty. Należy też zwrócić uwagę, że wyznaczenie pełnomocnika nie musi wiązać się ze złożeniem oferty, ale również wcześniejszym etapem postępowania, np. złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub prowadzeniem negocjacji, trudno więc bezpośrednio wiązać wyznaczenie pełnomocnika z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych z przesłankami odrzucenia oferty, do których odnosi się art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (choć rzeczywiście takie poglądy pojawiały się po wprowadzeniu ustawy w 2004 r.).

Również na gruncie prawa cywilnego trudno utożsamiać ze sobą ofertę, która jest oświadczeniem drugiej stronie woli zawarcia umowy określającym istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 kodeksu cywilnego) i pełnomocnictwo, czyli umocowanie do działania w cudzym imieniu wynikające z oświadczenia reprezentowanego (art. 96 kodeksu cywilnego) – w wyraźny sposób są to dwa oświadczenia woli, jakkolwiek oczywiście wady lub nieważność pełnomocnictwa ma wpływ na ważność i poprawność złożonej przez pełnomocnika oferty.

Prawo cywilne nie przewiduje również generalnego zakazu działania mocodawcy w przypadku wyznaczenia pełnomocnika, tak więc mimo wyznaczenia pełnomocnika, oferta mogłaby być podpisana wspólnie przez obu wykonawców.

Tym samym Izba uznała, że na gruncie stanu faktycznego będącego podstawą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, nie ma podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy również przyznać rację Zamawiającemu, że ze względu

na nieustanowienie pełnomocnika bezcelowe jest również wzywianie Odwołującego o przedstawienie pełnomocnictwa (chyba że Zamawiający uzna to za celowe, choćby dla ułatwienia prowadzenia korespondencji z tymi wykonawcami).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący

.....