

POSTANOWIENIE

z dnia 3 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu w Warszawie w dniu **3 kwietnia 2014 r.** na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 marca 2014 r.** przez wykonawcę: **Automobilklub Rzemieślnik, ul. Żytnia 46, 01-198 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Milanówek, ul. Kościuszki 45, 05-822 Milanówek**,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie wykonawcy: **Automobilklub Rzemieślnik, ul. Żytnia 46, 01-198 Warszawa.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Automobilklub Rzemieślnik, ul. Żytnia 46, 01-198 Warszawa**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Automobilklub Rzemieślnik, ul. Żytnia 46, 01-198 Warszawa**, 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 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Bieżące utrzymanie dróg o nawierzchni gruntowej na terenie miasta Milanówka”(BZP poz. 70496 z dnia 3 marca 2014 r.), w dniu 28 marca 2014 r. zostało wniesione pisemne odwołanie przez wykonawcę Automobilkлуб Rzemieślnik z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu drogą elektroniczną w tym samym terminie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Milanówek naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.), tj.:

- 1) art.89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie złożonej oferty, jako wadliwie podpisanej wyłącznie przez Prezesa Zarządu w postępowaniu o zamówienie publiczne,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w wyniku naruszenia zasad udzielania zamówień określonych w ustawie Pzp, do których przestrzegania zamawiający był zobowiązany, został narażony na uszczerbek interes prawny odwołującego, ubiegającego się o udzielenie niniejszego zamówienia - poprzez naruszenie zasady równości stron, co w konsekwencji utrudnia udział w postępowaniu. Tym samym odwołujący stwierdził, że jego interes prawny we wniesieniu odwołania jest bezsprzeczny, ponieważ złożona oferta spełniała wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 25 marca 2014 r. otrzymał zawiadomienie faksem o odrzuceniu złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą czynnością, ponieważ zamawiający badając ofertę czy jest zgodna z SIWZ niewłaściwie ją zbadał i bezzasadnie odrzucił.

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty stwierdził, cyt.: *„do oferty załączono informację odpowiadającą aktualnemu odpisowi z Krajowego Rejestru Sądowego nr 0000099865 zgodnie z zapisem zawartym w dziale 2 Rubryce 1 Sposób reprezentacji do*

składania oświadczeń woli oraz zaciągania zobowiązań w imieniu klubu upoważniony jest prezes zarządu oraz członek zarządu działający łącznie.”

Zamawiający w uzasadnieniu prawnym stwierdził, że: „oferta w całości została podpisana wadliwie - wyłącznie przez prezesa zarządu. Oferta złożona przez stowarzyszenie kultury fizycznej Automobilklub Rzemieślnik podlega odrzuceniu z powodu braku własnoręcznego podpisu złożonego przez osoby uprawnione do reprezentowania organu/zarządu tj. prezesa zarządu oraz członka zarządu działającego łącznie. Brak złożenia własnoręcznego podpisu oferty, jako błąd może być sanowany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Natomiast brak prawidłowego własnoręcznego podpisu oferty nie może być konwalidowany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, skutkuje brakiem zachowania pisemnej formy oferty i powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 Pzp.”

Zdaniem odwołującego działanie zamawiającego było niewłaściwe, gdyż w razie wątpliwości co do umocowania osoby podpisującej ofertę zamawiający powinien zażądać uzupełnienia oferty o pełnomocnictwo podpisującego ofertę w przypadku spółki z o.o. (jak również innych spółek regulowanych w KSH) zmiany w składzie zarządu są skuteczne z chwilą podjęcia uchwały przez odpowiedni organ. Odwołujący zaznaczał, że w tym przypadku Uchwałą Zarządu Stowarzyszenia Kultury Fizycznej Automobilklub Rzemieślnik z dnia 11.10.2012 roku Prezes Zarządu S..... K..... został upoważniony do składania i podpisywania ofert w imieniu Stowarzyszenia. Omyłkowo uchwała ta nie została dołączona do oferty.

Odwołujący argumentował, że skuteczność takiej uchwały nie jest uzależniona od dokonania odpowiedniego wpisu w KRS, gdyż zmiany w KRS tylko stwierdzają istniejący stan, ale go nie tworzą, zatem zamawiający powinien wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających uprawnienia Prezesa Zarządu do występowania w imieniu „spółki - w tym przypadku będzie to odpowiednia uchwała zarządu spółki.”

Odwołujący powoływał się na stanowisko wynikające z wyroku KIO z 4 stycznia 2012 r. KIO/2754/11, że obowiązek wezwania wykonawcy do przedłożenia brakującego pełnomocnictwa ciąży na zamawiającym na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia i także w sytuacji, gdy konieczność takiego wezwania pojawi się już po złożeniu oferty. KIO uznała, iż literalna wykładnia art. 26 ust. 3 prowadzi do wniosku, że zamawiający ma obowiązek wzywania wykonawcy do przedłożenia brakującego pełnomocnictwa w trakcie całego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie tylko w sytuacji, gdy właściwe pełnomocnictwo nie zostanie złożone na etapie składania ofert. KIO podkreśliła, że za taką

interpretacją przemawia również wykładnia celowościowa. Funkcją tego przepisu jest bowiem złagodzenie ustawowego formalizmu obowiązującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia i umożliwienie wykonawcom naprawienia określonych uchybień formalnych, których dopuścili się w toku procedury prowadzonej przez zamawiającego. Zamawiający w SIWZ wymagał aby osoba podpisująca ofertę posiadała pełnomocnictwo, lecz nie wymagał aby te pełnomocnictwo przedłożyć w ofercie nie ma też warunku, że nie złożenie pełnomocnictwa powoduje odrzucenie oferty.

Niezłożenie w ofercie pełnomocnictwa zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (wyrok KIO z 20.03.2009r. KIO/UZP 298/09).

Odwołujący podnosił, że zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp jedynie wówczas, gdy ustali w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia, zgodnie z warunkami specyfikacji.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 31 marca 2014 r. do czasu wydania niniejszego postanowienia, nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego żaden wykonawca.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron, stosownie do postanowień art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że odwołanie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu odwołującego p. S..... K..... . Do odwołania zostało dołączone w kserokopii pełnomocnictwo z dnia 11 października 2012 r. udzielone p. S..... K....., „uprawniające do dokonywania wszelkich czynności z zakresu zamówień publicznych (*dokonywanych zgodnie z ustawą z 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych*), w tym przede wszystkim do składania i podpisywania ofert w imieniu Stowarzyszenia, niezależnie od wartości zamówienia. Upoważnienie zostaje udzielone na czas nieokreślony. Zarząd może w każdej chwili cofnąć udzielone upoważnienie.” Pod tekstem pełnomocnictwa w omawianej kserokopii widnieje siedem nieczytelnych podpisów. Zarząd łącznie z Prezesem liczy siedem osób. W treści uchwały znajduje się stwierdzenie, że pełnomocnictwa udzielił Zarząd Stowarzyszenia.

Kserokopia pełnomocnictwa została potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu odwołującego S..... K..... .

Do odwołania został załączony odpis z rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z datą wystawienia 28 marca 2014 r., Nr 0000099865, z którego wynika, że Stowarzyszenie reprezentuje Prezes Zarządu oraz Członek Zarządu, działający łącznie.

Odwołanie podpisane przez Prezesa Zarządu odwołującego p. S..... K....., jako reprezentanta strony, wobec obligatoryjnego wymogu reprezentacji łącznej, nie mogło zostać uznane za wniesione przez podmiot uprawniony.

Izba nie neguje, że odwołanie mogło być podpisane przez pełnomocnika, na podstawie stosownego pełnomocnictwa dołączonego w oryginale do odwołania.

Co do zasady nie ma przeszkód, aby członek zarządu stowarzyszenia działał samodzielnie jako pełnomocnik, ale wówczas zakres umocowania do reprezentowania podmiotu nie wyznacza wpis do Rejestru Przedsiębiorców KRS, ale wyłącznie treść udzielonego pełnomocnictwa, wystawionego przez osoby uprawnione.

Udzielenie pełnomocnictwa do wniesienia odwołania, jako czynności przekraczającej zwykły zarząd, winno być dokonane zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS odwołującego, a więc przynajmniej przez Prezesa Zarządu i Członka Zarządu. Z kolei Prezes Zarządu nie powinien udzielać pełnomocnictwa sam sobie. Odwołujący nie przedstawił dokumentu statutowego, ani nie powołał się na przepis rozwiązujący tego rodzaju sytuacje kolizyjne w Stowarzyszeniu Kultury Fizycznej.

Do wnoszenia środków ochrony prawnej konieczne jest pełnomocnictwo rodzajowe w rozumieniu art. 98 Kodeksu cywilnego, a więc powinno ono zawierać wyraźne upoważnienie osoby umocowanej do dokonywania takich czynności, jak wnoszenie środków ochrony prawnej, określonych w dziale VI ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Przedstawiony odpis pełnomocnictwa do wszelkich czynności z zakresu zamówień publicznych (*dokonywanych zgodnie z ustawą z 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych*), w tym przede wszystkim do składania i podpisywania ofert w imieniu Stowarzyszenia, niezależnie od wartości zamówienia), nie spełnia więc przesłanek pełnomocnictwa rodzajowego, uprawniającego do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Ponadto, umocowanie do reprezentowania strony będącej osobą prawną, wymaga złożenia nie tylko pełnomocnictwa udzielonego przez osoby działające w imieniu osoby prawnej, ale także podpisanie tegoż dokumentu w sposób umożliwiający identyfikację osób, które pełnomocnictwo wystawiły, w celu skonfrontowania z przedstawionym odpisem z KRS - potwierdzającym umocowanie oznaczonych osób do działania, jako organu osoby prawnej.

Skreślone podpisy nieczytelne, nie dają możliwość weryfikacji uprawnień osób, które udzieliły pełnomocnictwa - do działania w imieniu odwołującego.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 17 lutego 2011 r. Sygn. akt IV CZ 117/10 (LEX nr 1157577) wypowiedział się, że: „określony w umowie spółki sposób reprezentacji

musi być wyraźny, aby uchylić ustawowy wymóg reprezentacji łącznej. Sprawa reprezentacji ma istotne znaczenie dla bezpieczeństwa obrotu. Postanowienia umowy spółki muszą być w tym względzie jednoznaczne, aby nie wywoływać wątpliwości jaką ma być reprezentacja spółki w konkretnym przypadku, zważywszy iż ewentualne braki w reprezentacji pociągają za sobą daleko idące skutki: nieważność czynności prawnej, lub odrzucenie czynności procesowej. Jeżeli strony chcą uchylić ustawowy wymóg reprezentacji łącznej muszą więc w umowie wyraźnie wskazać przy jakich czynnościach spółkę może reprezentować tylko jeden członek zarządu. Gdyby wolą wspólników było, aby także przy dokonywaniu czynności sądowych oświadczenie woli miał składać tylko jeden członek zarządu, powinni to wyraźnie wskazać w umowie spółki. Skoro umowa na ten temat nic nie stanowi, to, działa zgodnie z art. 205 § 1 Kodeksu spółek handlowych reguła reprezentacji łącznej.”

Ogólne zasady, które mogą być wywiedzione ze wskazań wyżej przytaczanego wyroku, odnoszą się również do innych podmiotów, w tym stowarzyszeń uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 ze zm.) domniemywa się, że dane wpisane do rejestru są prawdziwe, z tego wynika, że odpis z rejestru jest środkiem dowodowym określonego stanu.

Odwołanie powinno zostać podpisane przez osobę lub osoby upoważnione do reprezentowania podmiotu wnoszącego odwołanie, stosownie do postanowień § 4 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, Dz. U. z 2013 r., poz. 232). Przepis § 4 ust. 2 pkt 3 powołanego rozporządzenia obligatoryjnie wymaga dołączenia do odwołania odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwa albo innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Braki w zakresie treści odwołania, określone art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, lub brak pełnomocnictwa, odpisu z KRS podlegają uzupełnieniu na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej stosownie do postanowień art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, lub w trybie art. 187 ust. 7 tej ustawy. Przepis wykonawczy (szczególny) § 13 ust. 2 powołanego wyżej rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania (...) nakłada na przewodniczącego składu orzekającego obowiązek wezwania odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia odwołania, a więc w zakresie określonym w § 4 rozporządzenia w sprawie regulaminu (...), tj. ewentualnego wezwania do uzupełnienia odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwa albo innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego, a więc dopuszcza uzupełnienie dokumentów, których brak.

Odwołujący przedstawił pełnomocnictwo, jakie posiadał. Nie mieści się w powyższym ustawowym katalogu, wzywaniu odwołującego będącego Stowarzyszeniem Kultury Fizycznej do poprawiania złożonego pełnomocnictwa, którego treść jest wadliwa:

- pełnomocnictwo udzielone Prezesowi Zarządu przez Prezesa Zarządu tego Stowarzyszenia,

- brak rodzajowego charakteru pełnomocnictwa,
- brak identyfikacji podpisów.

W wyniku dokonanych jak wyżej ustaleń, Izba uznała, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 198 ust. 2 ustawy Pzp, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w tej normie.

Przesłanki odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Zaistnienie podstawy określonej art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązywało Izbę do odrzucenia odwołania, bez merytorycznego rozpatrywania zgłoszonych zarzutów i żądań. Z mocy art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego. Zgodnie z § 3 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) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uiszczony wpis w danej sprawie.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: