

Sygn. akt: KIO 882/13

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 kwietnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **MAT-BUD M..... S....., 78 – 200 Białogard, ul. Łęczyno 69** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Karlino, 78 – 230 Karlino, Plac Jana Pawła II 6**

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A., 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty MAT-BUD M..... S..... oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert wraz z ofertą odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Gmina Karlino, 78 – 230 Karlino, Plac Jana Pawła II 6 i
:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MAT-BUD M..... S....., 78 – 200 Białogard, ul. Łęczyno 69** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gmina Karlino, 78 – 230 Karlino, Plac Jana Pawła II 6** na rzecz wykonawcy **MAT-BUD M..... S....., 78 – 200 Białogard, ul. Łęczyno 69** kwotę 13 600 zł. 00 gr (słownie : trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Karlino Plac Jana Pawła II 6, 78 — 230 Karlino zwany dalej "zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa dróg gminnych oraz budowa kanalizacji deszczowej i oświetlenia w Daszewie*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 85300- 2013 z dnia 01.03.2013 r.

Postępowanie dotyczy robót budowlanych i dotyczy zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych w oparciu o przepis art. 11 ust 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp). Tym samym odwołanie może dotyczyć tylko czynności zamawiającego wskazanych w przepisie art. 180 ust.2 ustawy Pzp.

W dniu 14 kwietnia 2013 roku zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy Skanska SA, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego. W przesłanej informacji zamawiający wskazał, że oferta wykonawcy MAT-BUD M..... S....., 78 – 200 Białogard, ul. Łęczyno 69 została odrzucona. Wykonawca ten pismem z dnia 17 kwietnia 2013 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu :

- dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego z przedmiotowego postępowania,
- dokonanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty firmy *Skanska S.A.*,
- zaniechanie wskazania podstawy prawnej dokonanej czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego

Wskazał, że powyższe czynności zamawiającego naruszyły następujące przepisy ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 Ustawy

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego
- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy *Skanska S.A.*,
- dokonanie ponownej czynności oceny ofert

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że wg. opinii zamawiającego, przedłożone wraz z ofertą pełnomocnictwo było wadliwe, ponieważ jako umocowanego do działania w imieniu odwołującego wskazywało M..... S....., a ofertę podpisała M..... S..... W dniu 09.04.2013 r., odwołujący przesłał zamawiającemu odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp wraz załączonymi dokumentami. W zakresie pełnomocnictwa odwołujący wyjaśnił w przytoczonym wyżej

piśmie, że popełniona została omyłka przy pisowni imienia i prawidłowe brzmienie imienia osoby umocowanej do działania w imieniu odwołującego brzmi M..... Odwołujący odnosząc się do informacji o odrzuceniu jego oferty zarzucił zamawiającemu niewskazanie podstawy prawnej odrzucenia oferty.

Odwołujący odnosząc się do stanowiska zamawiającego o odrzuceniu oferty wskazał, że w złożonym pełnomocnictwie zaistniała omyłka polegająca na zamianie litery „a” na literę „e” w imieniu M....., nie powoduje wadliwości tego pełnomocnictwa i w związku z tym Zamawiający nie miał podstaw do dokonania czynności odrzucenia oferty. Uzasadniając fakt omyłki wskazał, że odwołujący udzielił przedmiotowego pełnomocnictwa w dniu 29 października 2010 r. w kancelarii Notarialnej w Białogardzie B..... W....., swojej matce M..... S....., z którą wspólnie zamieszkiwał (i do dziś zamieszkuje) w Łęczynie nr 69 w gminie Białogard (78-200). Fakt złożenia podpisu na pełnomocnictwie przez M..... S..... został przez notariusza poświadczony (Rep. A nr 313/2010), poprzez wskazanie jego danych osobowych tj. m.in. : wskazanie imion rodziców (M..... i M.....) oraz adresu zamieszkania (tożsamego z adresem zamieszkania M..... S.....). Pełnomocnictwo stwierdza ponadto, iż wspólny dla mocodawcy i umocowanej adres zamieszkania, jest także „siedzibą”- adresem głównego wykonywania działalności gospodarczej prowadzonej przez Odwołującego pod nazwą „MAT-BUD” M..... K..... S.....

Podniósł również, że odwołujący wraz z ofertą złożył wypis z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dalej zwanej CEIDG). W wypisie tym, jako pełnomocnik i osoba umocowana do działania w imieniu Odwołującego wskazana jest Pani M..... S...... W związku ze zmianą przepisów ustawy z dnia 02.07.2004 o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity: Dz. U. 2010 r. Nr 220 poz. 1447 ze zm.), zgodnie z *art. 25 ust. 1 tej ustawy przedsiębiorca może ustanowić pełnomocnika i ujawnić ten fakt w CEIDG*. Nawet w przypadku wystąpienia omyłki w pełnomocnictwie odwołującego, zamawiający dysponując zarówno pełnomocnictwem, jak i wypisem z CEIDG, gdzie wskazana jest jako pełnomocnik została M..... S....., miał w pełni możliwość identyfikacji umocowania osoby podpisującej złożoną ofertę. Natomiast jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do zaistnienia omyłki w złożonym pełnomocnictwie, to wypis z CEIDG powinien go utwierdzić w przekonaniu, że taka omyłka miała miejsce i w związku z tym powinien uznać, że oferta odwołującego została złożona zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Podniósł również, że z innych postępowań w których brał udział odwołujący zamawiający posiadał wiedzę, że M..... S..... działała jako pełnomocnik odwołującego.

Tym samym zamawiający miał podstawy i powinien stwierdzić, że zaistniała omyłka jest oczywistą omyłką pisarską niemającą wpływu na ważność pełnomocnictwa.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. W ustnym stanowisku prezentowanym na rozprawie stwierdził, że zarzut odwołanie jest niezasadny i wniósł o jego oddalenie. Na wstępie zamawiający podniósł, iż biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest o wartości poniżej progów unijnych to biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący jako podstawę odwołania wskazał naruszenie przez zamawiającego art. 92 ust. 1 Pzp a więc zdaniem zamawiającego w takiej sytuacji odwołanie przy tej wartości zamówienia na taką kwestionowaną czynność zamawiającego nie przysługuje i winno zostać oddalone.

Odnosząc się do zarzutów odwołania jak również stanowiska odwołującego prezentowanego na rozprawie podnosi, iż stopień pokrewieństwa, który rzekomo występuje pomiędzy pełnomocnikiem a jego mocodawcą – wykonawcą w niniejszym postępowaniu w żaden sposób nie może być dowodem na to, iż pełnomocnictwo nie zostało udzielone innej osobie o imieniu M..... mającej nazwisko S....., a nie osobie będącej matką właściciela wykonawcy. Podnosi również, iż niezasadne jest stanowisko odwołującego jakoby fakty umieszczenia nazwiska pełnomocnika dla wykonawcy MAT-BUD w centralnej ewidencji było równoznaczne z faktem, iż osoba ta jest tylko i wyłącznie pełnomocnikiem tego wykonawcy. Niezasadne jest również jego zdaniem stanowisko odwołującego, jakoby w innych postępowaniach poprowadzonych przez zamawiającego w takiej samej sytuacji co do imienia pełnomocnika fakt ten był przez niego uznawany.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, iż nie był on np. wzywany do przedłożenia kserokopii dowodu osobistego pełnomocnika M..... S..... stwierdził, iż zamawiający nie miał możliwości wzywania wykonawcy w tym zakresie gdyż taka możliwość nie jest dopuszczona przez rozporządzenie w sprawie dokumentów których zamawiający może żądać od wykonawcy. Jednakże nie było żadnych przeszkód aby wykonawca z własnej inicjatywy takie dokument zamawiającemu przedłożył.

Odnosząc się do złożonych na rozprawie kserokopii dowodów tożsamości M..... S..... oraz M..... S..... podniósł zarzut, iż dokumenty te winny nie być uznane jako dowód w sprawie podkreślając, iż kwestie właściwości i prawidłowości pełnomocnictwa zamawiający oceniał na pewnym etapie i tam ewentualnie winny być złożone.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, a także złożył pismo procesowe w którym argumentował prawidłowość stanowiska zamawiającego w zakresie podjętej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z treścią odwołania, po

wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie,

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący i przystępujący posiadają interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stan faktyczny sprawy będący przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę jest jasny i nie wymagał uzupełniania w trakcie postępowania. Skupia się on w zasadzie na kwestii czy w sytuacji kiedy ofertę odwołującego podpisała osoba – M..... S....., natomiast załączone do oferty pełnomocnictwo wskazywało jako pełnomocnika M..... S....., złożona oferta jest ważna i czy z powodu wadliwości pełnomocnictwa zasadnie została przez zamawiającego odrzucona.

Na wstępie odniesienia Izby wymaga stanowisko zamawiającego o niedopuszczalności podnoszenia w sytuacji zamówień podprogowych zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 92 ust 1 ustawy Pzp dotyczącego nie podania podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego, *a więc wg Izby naruszenia przepisu art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.*

W sytuacji prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej tzw. *progów unijnych* odwołanie od czynności zamawiającego przysługuje tylko w zakresie przewidzianym w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 1-4 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu oferta odwołującego została odrzucona, a więc podstawą odwołania jest odrzucenie jego oferty. W tym zakresie Izba wskazuje, że zakres formułowanych zarzutów w odwołaniu winien mieć ścisły związek z wystąpieniem sytuacji o których mowa w ww. przepisie ustawy. Podniesione zarzuty należy rozpatrywać w kontekście czy mają one uzasadniać niezasadność wymienionych w pkt 1-4 ww. przepisu czynności zamawiającego, czy też mają być samodzielny wskazujący na dalsze czynności zamawiającego którymi naruszył przepisy Pzp. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, podniesiony zarzut - nie wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty ma być samodzielny i nie ma odniesienia wprost do odrzucenia oferty. Tym samym, zdaniem Izby nie może być on przedmiotem rozpoznania przez Izbę, gdyż nie jest zarzutem wobec czynności zamawiającego o których mowa w ww. przepisie ustawy Pzp.

Przechodząc do kwestii prawidłowości załączonego do oferty pełnomocnictwa na wstępie należy wskazać, że pełnomocnictwo jest udzielane w drodze jednostronnej czynności prawnej, mocą której osoba, której udzielono pełnomocnictwa, otrzymuje upoważnienie do podejmowania czynności prawnych ze skutkiem prawnym na reprezentowanego (czyli prawo do działania w cudzym imieniu).

Pełnomocnictwo upoważniające do podpisania oferty stanowi oświadczenie woli i podobnie jak inne oświadczenia woli powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 kodeksu cywilnego). Pod uwagę powinno się brać całą treść dokumentu.

Nie każda omyłka i nieścisłość w pełnomocnictwie czyni je nieważnym lub zawierającym błąd. W sytuacji, gdy z przedłożonych dokumentów jednoznacznie nie wynika, w którym miejscu występuje jaki błąd (np. czy w pełnomocnictwie, czy też w innym dokumencie w złożonej ofercie), zamawiający powinien najpierw wezwać wykonawcę odpowiednio do wyjaśnienia dokumentu (na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp) lub treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp). Następnie po doprecyzowaniu rodzaju błędu ewentualnie wezwać wykonawcę zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli w złożonych wyjaśnieniach wykonawca oświadczy, że osoba która podpisała ofertę działa w jego imieniu wówczas można poprzestać na tym wyjaśnieniu i uznać dokumenty za złożone prawidłowo.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający nie dołożył należytej staranności, aby kwestę prawidłowości pełnomocnictwa wyjaśnić. Prawidłowość załączonego do oferty pełnomocnictwa zdaniem Izby nie budzi wątpliwości, chociaż faktycznie występują wątpliwości co do brzmienia imienia pełnomocnika. Stwierdzenie zamawiającego, że *istnieje imię żeńskie M.....* nie może być uznane za wyjaśnienie wątpliwości w tym zakresie przez zamawiającego. Zamawiający jako dysponent środków publicznych winien dążyć do wyjaśnienia każdej wątpliwości, po to aby jak najwięcej ofert pozostało w postępowaniu, gdyż tylko wielość ofert umożliwia wybór najkorzystniejszej oferty. Natomiast swoim postępowaniem zamawiający spowodował wybór oferty droższej o ponad 230 tys. zł od oferty odwołującego.

W trakcie rozprawy Izba bez żadnego problemu ustaliła w sposób niebudzący wątpliwości – dokonując porównania wskazanego w pełnomocnictwie i złożonego skanu dowodu tożsamości, że *M..... S.....* wymieniona w pełnomocnictwie i *M..... S.....* posiadająca dowód osobisty o takim samym jak na pełnomocnictwie numerze to ta sama osoba. Nie było żadnych przeszkód aby zamawiający w trybie wezwania do złożenia wyjaśnień taką okoliczność ustalił. Biorąc pod uwagę okoliczności udzielenia pełnomocnictwa stwierdzić należy, że wolą mocodawcy było udzielenie pełnomocnictwa *M...../ M..... S.....* do podejmowania wszelkich czynności związanych z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Za uwzględnieniem odwołania przemawiał również fakt braku konsekwencji zamawiającego w tym zakresie, otóż zamawiający kwestionując pełnomocnictwo złożone do oferty występuje do wykonawcy – odwołującego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa na *M..... S.....*, a więc osobę która podpisała ofertę. W wyniku wezwania zamawiający nie uzyskuje wymaganego pełnomocnictwa, lecz

otrzymuje wyjaśnienia od kwestionowanego przez niego pełnomocnika. Dokonuje oceny tych wyjaśnień stwierdzając w informacji o odrzuceniu oferty, że „*treść powyższych wyjaśnień nie może zostać uznana za usuwającą pierwotną wadliwość pełnomocnictwa*”. Tym samym stwierdzić należy, że zamawiający nie uznaje pełnomocnictwa dla M..... S..... załączonego do oferty, natomiast uznaje prawo tej samej osoby do udzielania wyjaśnień w imieniu odwołującego. Gdyby zamawiający wykazał konsekwencje w prezentowanym stanowisku to powinien był stwierdzić, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie złożył wyjaśnień w ogóle – gdyż pochodziły od osoby wg zamawiającego nie będącej pełnomocnikiem, ani nie uzupełnił pełnomocnictwa.

Jednakże na marginesie niniejszej sprawy wskazać należy na wyjątkową niefrasobliwość odwołującego w zakresie posługiwania się pełnomocnictwem zawierającym błąd w imieniu pełnomocnika. Pomimo stwierdzenia tego faktu co najmniej rok temu nie podjął żadnych czynności aby tą omyłkę - jak twierdzi, usunąć.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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