

POSTANOWIENIE
z dnia 16 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 15 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą "ALGO" Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne, Viatelecome sp. z o.o., ul. Witkacego 6B/1, 26-600 Radom**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa, Rynek 1, 35-064 Rzeszów**,

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą "ALGO" Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne, Viatelecome sp. z o.o., ul. Witkacego 6B/1, 26-600 Radom** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą "ALGO" Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne, Viatelecome sp. z o.o., ul. Witkacego 6B/1, 26-600 Radom**, tytułem wpisu od odwołania.
3. Nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą "ALGO" Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne, Viatelecome sp. z o.o., ul. Witkacego 6B/1, 26-600 Radom**, kwoty 5 000 zł 00 gr (pięć tysięcy złotych), tytułem nadpłaconej kwoty wpisu od odwołania.

Stosownie do treści art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., Nr 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa, Rynek 1, 35-064 Rzeszów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wykonanie regionalnej sieci szerokopasmowej aglomeracji rzeszowskiej ResMAN - Etap II.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 czerwca 2014 r., pod numerem 2014/S 110-194056.

Na podstawie akt sprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29 września 2014 r. (data uwidoczona na prezentacie Krajowej Izby Odwoławczej na piśmie), do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą "ALGO" Przedsiębiorstwo Techniczno Innowacyjne, Viatelecome sp. z o.o., ul. Witkacego 6B/1, 26-600 Radom (zwany dalej: *odwołujący*), wobec czynności zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, jak również zaniechania podjęcia przez zamawiającego czynności, do których, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, był zobowiązany, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w konsekwencji;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, iż odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, w której zamawiający sam pozbawił odwołującego możliwości wykazania, iż te warunki spełnia oraz
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą w postępowaniu z uwagi na błędne założenie, iż oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;
4. art. 7 ust. 1 w związku z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie przez zamawiającego domniemanego oświadczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za

najkorzystniejszą, w zakresie udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia podwykonawców, pomimo, że zamawiający żądał złożenia oferty w formie pisemnej oraz

5. w konsekwencji ust. 4 - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jak również przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, a co za tym idzie, przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Infast sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w którym korzysta z zasobów podmiotów trzecich, a co za tym idzie, zaniechanie odrzucenia oferty tegoż wykonawcy a także zaniechanie odrzucenia oferty tegoż wykonawcy jako niezgodnej z ustawą Pzp i dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Infast sp. z o.o.
6. z ostrożności procesowej - jeżeli Izba nie podzieli ww. zarzutów odwołującego - art. 46 ust 1 ustawy Pzp, poprzez brak podjęcia przez zamawiającego czynności polegającej na niezwłocznym zwrocie wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, do czego zobowiązują zamawiającego przepisy ustawy Pzp w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej spółki Infast sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Szopena 51 w Rzeszowie;
2. unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania;
3. unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez odwołującego, jak również - w trakcie badania złożonych ofert - ewentualnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów;
5. uznania oferty złożonej przez wykonawcę Infast sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie za podlegającą odrzuceniu;
6. uznania oferty odwołującego, jako oferty ważnej niepodlegającej odrzuceniu oraz złożonej przez wykonawcę, który spełnia - określone przez zamawiającego w SIWZ - warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
7. z ostrożności procesowej - niezwłocznego zwrotu wadium odwołującemu, zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający przyjął bowiem, iż odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, a treść

jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Działanie zamawiającego w tym zakresie było pochojne i nie poparte przepisami ustawy Pzp. W sytuacji prawidłowego badania i oceny ofert, oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Dodatkowo, działanie zamawiającego jest o tyle istotne, iż może skutkować zatrzymaniem przez zamawiającego wadium wniesionego w postępowaniu przez odwołującego. Ponadto, gdyby argumentacja dotycząca wykluczenia wykonawcy Infast sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z udziału w postępowaniu nie znalazła uznania, w sytuacji, w której ten wykonawca, nie zawrze z zamawiającym umowy w sprawie niniejszego zamówienia, drugim w kolejności wykonawcą, z którym zamawiający mógłby podpisać ważną umowę byłby odwołujący.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 w zw. z ust. 4 ustawy Pzp, zobowiązana jest z urzędu do zbadania, czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, których zamknięty katalog określony został w przepisie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W celu stwierdzenia braku wystąpienia przesłanki do odrzucenia odwołania, określonej w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności zobowiązana jest ustalić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony.

W niniejszej sprawie, odwołanie podpisał p. P. P., dla którego pełnomocnictwa udzieliła p. J. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą "ALGO" Przedsiębiorstwo Techniczno-Innowacyjne, z siedzibą w Radomiu, przy ul. Witkacego 6B. Z uwagi na okoliczność, iż odwołującym są podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, konieczne jest udzielenie pełnomocnictwa bezpośrednio dla ustanowionego lidera konsorcjum lub przez wszystkich członków konsorcjum dla ustanowionego w sprawie pełnomocnika.

W przedmiotowej sprawie pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 19 sierpnia 2014 roku zostało ustanowione dla „Algo Przedsiębiorstwo Techniczno-Innowacyjne”, czyli *de facto* dla nazwy firmy. Zgodnie bowiem z przepisem art. 43⁴ kodeksu cywilnego, które znajduje swoje zastosowanie poprzez odesłanie z art. 14 ustawy Pzp, firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko. Co więcej wskazane pełnomocnictwo również w kwestii określenia stron posługuje się nazwą „Algo Przedsiębiorstwo Techniczno-Innowacyjne”, co również niezgodne jest z treścią ww. przepisu kc. Podnieść bowiem należy, że określone w przepisie art. 65 kc zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje nie mogą wyłączać obowiązku profesjonalnych podmiotów, do dochowania należytej staranności w zakresie

prawidłowego określenia stron stosunku prawnego, które to przepisy wynikają wprost w art. 43⁴ kc.

Jak słusznie wskazuje orzecznictwo, „Reguły określania sposobów wyrażania woli przez osoby dokonujące czynności prawnej, oraz badania treści (dokonywania wykładni) złożonych przez nie oświadczeń woli to dwie odrębne kwestie jurydyczne, których nie należy ze sobą utożsamiać ani traktować zamiennie. Pierwszą z nich reguluje art. 60 k.c., natomiast drugą - art. 65 § 1 i 2 k.c.” (wyrok SN z dnia 17 maja 2013 r., sygn. akt I CSK 505/12). Ponadto, jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 12 sierpnia 2013 roku, sygn. akt I ACa 342/13 „Zgodnie z art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wymieniony przepis zawiera dyrektywę interpretacyjną, w oparciu o którą wykladać należy znaczenie oświadczeń woli. Dyrektywa ta nie służy jednak do korygowania, czy też uzupełnienia treści oświadczeń woli o elementy niewynikające z umowy.”.

Wyżej cytowane orzeczenia odnoszą się wprost do wykładni oświadczenia woli ustalonego przez strony stosunku prawnego. Jednakże zwrócić należy uwagę na okoliczność, że aby móc dokonywać właściwej i ostatecznej wykładni przedmiotu oświadczeń, trzeba ustalić, czy strony, które dokonują takich czynności, miały ku temu prawo. Aby móc stwierdzić powyższe konieczne jest ustalenie stron czynności prawnych. Czymże bowiem byłoby oświadczenie złożone przez podmiot, który nie istnieje, czy też nie został prawidłowo oznaczony, przez co mógł wprowadzić drugą ze stron w błąd.

W tym miejscu koniecznym zdaje się powołanie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 czerwca 2007 r., sygn. akt VI SA/Wa 538/07, w którym sąd wskazał, iż „Gdyby nazwa firmy wpisana do ewidencji brzmiała: "A." Jan Iksiński, wówczas wskazanie jako adresata decyzji pełnej nazwy firmy, tj. "A." Jan Iksiński, świadczyłoby o wadliwości decyzji w stopniu uzasadniającym jej uchylenie, ponieważ decyzja byłaby skierowana do podmiotu nieposiadającego zdolności prawnej” oraz wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 września 2006 r., sygn. akt VI SA/Wa 889/06, w którym sąd wskazał, że „W przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą firma, pod nazwą której prowadzona jest działalność gospodarcza, nie jest podmiotem praw i obowiązków i dlatego też decyzję należy kierować do osoby fizycznej podając jej nazwisko i imiona, a następnie nazwę firmy, pod którą działalność jest wykonywana.”.

Reasumując stwierdzić należało, że odwołanie zostało wniesione jedynie przez jednego z członków konsorcjum. Brak jest bowiem w aktach sprawy skutecznego pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum, który mógłby reprezentować oba podmioty.

Jedynie na marginesie, z uwagi na okoliczności wynikające z treści odwołania, Izba odniosła się do kwestii dotyczącej możliwości zatrzymania przez zamawiającego wadium wniesionego przez odwołującego. W ocenie Izby, z argumentacji przedstawionej przez odwołującego wynika, iż brak uzupełnienia dokumentów w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, wynikał z okoliczności (przyczyn) nieleżących po stronie wykonawcy. Zdaniem Izby, powyższe spowodowane było przez niewłaściwe zakwalifikowanie przez system wiadomości wysłanej przez zamawiającego, do sekcji „kwarantanna”. Izba nie dokonywała oceny, czy ta okoliczność stanowiła o słuszności stawianych w odwołaniu zarzutów, skutkujących wykluczeniem odwołującego z postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15 000,00 zł. Jednocześnie Izba nakazała zwrot nadpłaconej kwoty wpisu w wysokości 5 000,00 zł.

Przewodniczący: