

WYROK
z dnia 12 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Turbocare Sp. z o.o. we Wrocławiu i Turbocare Inc. w Chicopee, USA** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Elektrownia Kozienice S.A. w Świerże Górne,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTOM Power Sp. z o.o. w Warszawie, METAL EXPERT Sp. z o.o. S.K.A. w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Turbocare Sp. z o.o. we Wrocławiu i Turbocare Inc. w Chicopee, USA i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Turbocare Sp. z o.o. we Wrocławiu i Turbocare Inc. w Chicopee, USA** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Turbocare Sp. z o.o. we Wrocławiu i Turbocare Inc. w Chicopee, USA** na rzecz **Elektrownia Kozienice S.A. w Świerże Górne,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Radomiu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Elektrownia „Kozienice” S.A., prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację i remont turbozespołów bloków nr 3 i 6.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 06.09.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 170-280278.

W dniu 16.02.2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstom Power Sp. z o.o. w Warszawie (działającą przez swój oddział w Elblągu) oraz Metal Expert Sp. z o.o. S.K.A. w Warszawie (zwanymi dalej jako „Konsorcjum Alstom”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 27.02.2012. r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TurboCare Sp. z o.o. we Wrocławiu i TurboCare Inc. w Chicopee, USA (dalej „Konsorcjum TurboCare”), wnieśli odwołanie od ww. czynności zamawiającego oraz zaniechania dokonania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, tj.:

1. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Alstom, mimo że zawiera rażąco niską cenę, a Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień dotyczących tej ceny;
2. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Alstom, pomimo nie przedłużenia przez Konsorcjum terminu związania ofertą;
3. zaniechania wezwania Konsorcjum Alstom do uzupełnienia brakujących dokumentów w ofercie, tj. oświadczenia Alstom sp. z o.o. zgodnie z art. 24 ust.

1 punkt 2 Prawa zamówień publicznych (załącznik nr BI do oferty) oraz oświadczenia Alstom Sp. z o.o. o zgodzie wspólników spółki na zaciągnięcie zobowiązania (załącznik nr C4 do oferty); [zarzuty oznaczone lit. c) wycofane przez odwołującego na rozprawie – przyp. Izby]

4. zaniechania unieważnienia Postępowania, mimo że obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z ostrożności wniesiono również odwołanie wobec:

- a) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Alstom z powodu jej nieważności na podstawie art. 23 ust. 2 PZP, przepisów Kodeksu cywilnego, albowiem ofertę i oświadczenia w postępowaniu były składane przez osoby do tego nieupoważnione;
- b) zaniechania zatrzymania wadium, pomimo że Konsorcjum Alstom na wezwanie zamawiającego nie uzupełniło brakujących pełnomocnictw dla osób podpisujących ofertę i składających oświadczenia.

Powyższymi czynnościami i zaniechaniami zamawiającego zarzucono naruszenie:

- a. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Alstom, która powinna zostać odrzucona przez zamawiającego oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert;
- b. art. 89 ust. 1 punkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Alstom, która zawiera rażąco niską cenę;
- c. art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Alstom, mimo iż konsorcjum nie przedłużyło terminu związania ofertą;
- d. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Alstom do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- e. art. 93 ust. 1 punkt 7 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania mimo że obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- f. art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp w zw. z art. 23 Pzp, art. 89 ust. 1 punkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty Konsorcjum Alstom, która jest nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego oraz niezgodna z przepisami ustawy;
- g. art. 46 ust. 1 punkt 4a Pzp, poprzez zaniechanie zatrzymania wadium, pomimo braku uzupełnienia brakujących pełnomocnictw w ofercie Konsorcjum Alstom.

W związku z powyższym w odwołaniu wniesiono o:

1. Merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. Unieważnienie czynności Zamawiającego z 16 lutego 2012 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. Nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności, do których jest zobowiązany na podstawie Pzp:
4. Dokonania ponownej oceny i badania złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Alstom i Odwołującego;
5. Odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 punkt 1 i 8) Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp;
6. Zatrzymania wadium Konsorcjum Alstom na podstawie przepisu art. 46 ust. 1 punkt 4a Pzp;
7. Wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert,
8. Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia argumentacji Odwołującego w powyższym zakresie:
9. Unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 punkt 7 Pzp bowiem obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;
10. Wezwania Konsorcjum Alstom do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp;

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in., iż odwołujący posiada posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz w wyniku wskazanych naruszeń przepisów Pzp może ponieść szkodę, albowiem skutek zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Alstom, która jest nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, odwołujący traci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Gdyby zamawiający uczynił zadość obowiązującym przepisom ustawy i odrzucił ofertę Konsorcjum Alstom, oferta złożona przez Odwołującego, w świetle przepisów Pzp i przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, powinna była zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odnośnie poszczególnych zarzutów odwołania wskazano:

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Zamawiający w toku postępowania kilkakrotnie wzywał Konsorcjum Alstom do wyjaśnień treści oferty, załączonych dokumentów oraz do uzupełnienia dokumentów. W ocenie Odwołującego, zarówno wyjaśnienia z dnia 26 października 2011 r. tj. wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 października 2011, wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp oraz wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 października 2011, wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, jak i wyjaśnienia z dnia 4 listopada 2011 (2 pisma) oraz wyjaśnienia z dnia 27 grudnia 2011 zostały wniesione przez osoby nieupoważnione do składania wyjaśnień w imieniu Konsorcjum Alstom.

Odwołujący wyjaśnia, że pisma z dnia 26 października 2011 zostały podpisane przez Panią Katarzynę Kołataj -Gumińską i Pana Tomasza Rumaka. Pisma z dnia 4 listopada 2011 zostały podpisane przez Dariusza Gładyszewskiego oraz Katarzynę Kołataj -Gumińską. Natomiast wyjaśnienia z dnia 27 grudnia podpisane zostały przez Pana Dariusza Gładyszewskiego oraz Pana Zbigniewa Sara.

Analizując treść pełnomocnictw z dnia 1 października 2011, udzielonych przez ALSTOM Power Sp. z o.o. powyżej wskazanym osobom, należy jednoznacznie uznać, że osoby te nie zostały umocowane do składania wyjaśnień treści oferty zarówno w imieniu Konsorcjum jak i w imieniu ALSTOM Power Sp. z o.o. (pełnomocnictwa dla Pana Zbigniewa Sary i Pana Dariusza Gładyszewskiego

załączono do oferty str. 176, 177, pełnomocnictwa dla Pani Katarzyny Kołataj - Gumińskiej i Pana Tomasza Rumaka załączono do pisma z dnia 26 października 2011 tj. odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 października 2011, wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy).

Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowych pełnomocnictwach ALSTOM Power Sp. z o.o. enumeratywnie wymieniła czynności, do których uprawniony jest dany pełnomocnik, przy czym nie przewidziała by pełnomocnicy byli uprawnieni do składania wyjaśnień czy innych oświadczeń woli lub wiedzy w imieniu Konsorcjum. Takiego wniosku nie sposób wywieść zarówno z treści pełnomocnictw udzielonych przez ALSTOM Power Sp. z o.o. jak i wyjaśnień w zakresie umocowania poszczególnych osób do reprezentowania Konsorcjum, składanych w toku niniejszego Postępowaniu (pismo z dnia 26 października 2011, pismo z dnia 4 listopada 2011) . W tym miejscu należy wskazać, że uczestnik Konsorcjum tj. Metal Expert Sp. z o.o. S.K.A. w pełnomocnictwie z dnia 14 października 2011 również enumeratywnie wymieniła do jakich czynności są upoważnieni pełnomocnicy, tj. Pan Zbigniewa Sara, Pan Dariusz Gładyszewski, Pani Katarzyna Kołataj - Gumińska, Pan Tomasz Rumak (pełnomocnictwo z dnia 14 października 2011 załączone do oferty Konsorcjum, str. 170, 171). Metal Expert Sp. z o.o. S.K.A. w sposób wyraźny umocowała pełnomocników do cyt. składania wyjaśnień dotyczących treści oferty lub innych dokumentów, w tym składania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz innych dokumentów oraz zadawania pytań, (pkt 4 Pełnomocnictwa z dnia 14 października 2011). Analogicznego umocowania do składania wyjaśnień brak natomiast w pełnomocnictwach udzielonych przez ALSTOM Power Sp. z o.o.

Odwołujący wskazuje, że na gruncie Pzp nie jest możliwe uzupełnienie lub wyjaśnienie pełnomocnictw do złożenia wyjaśnień, a zatem wszystkie wyjaśnienia składane przez osoby nieupoważnione do działania w imieniu i na rzecz Konsorcjum Alstom nie mogą być brane pod uwagę przez Zamawiającego.

Wobec powyższego, konieczne jest dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty Konsorcjum Alstom chociażby na gruncie art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP, ponieważ należy uznać, że Konsorcjum mimo wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w istocie nie złożyło wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu nie powinien brać pod uwagę również wyjaśnień dotyczących innych zagadnień, a składanych przez osoby nie umocowane do działania w imieniu Konsorcjum Alstom.

2. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp

Wobec argumentacji przytoczonej poniżej, w punkcie dotyczącym naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 1 i 8 Pzp, a także z uwagi na okoliczność, że w treści pełnomocnictw z dnia 14 października 2011 udzielonych przez Alstom Power Sp. z o.o. nie wskazano na możliwość reprezentowania Konsorcjum w zakresie składania oświadczeń dotyczących przedłużania terminu związania ofertą, należy uznać, że znajdujące się w dokumentacji postępowania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą złożone przez Pana Zbigniewa Sar oraz Dariusza Gładyszewskiego nie są skuteczne i ważne, a zatem Konsorcjum powinno zostać wykluczone z niniejszego postępowania. Wobec powyższego należy przyjąć, że nie Konsorcjum nie złożyło oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Ma dowód powyższego powołano: Oświadczenie z dnia 26 stycznia 2011, Oświadczenia z dnia 30 stycznia 2012, Oświadczenia z dnia 14 lutego 2012

3. Naruszenie art. 93 ust. 1 punkt 7 Pzp

Niezależnie od opisanych wyżej zarzutów odwołujący wskazał, że zamawiający jako dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem zastrzegł dzień 27 lutego 2012 r. Natomiast w chwili wnoszenia niniejszego odwołania wiadomym było, że nie będzie możliwe dotrzymanie bezwzględnie zastrzeżonego przez Zamawiającego terminu realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego wobec powyższej okoliczności, niniejsze Postępowanie powinno zostać unieważnione, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp - cyt. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli (...) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazuje, że z uwagi na zastrzeżenie w powyższy sposób terminów realizacji zamówienia, nie jest możliwe ich dotrzymanie, a zatem umowa zawarta w niniejszym postępowaniu byłaby umową o świadczenie niemożliwe, obarczoną wadą powodującą jej nieważność.

4. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 23 ust. 1 i 2 ustawy.

Na podstawie przepisu art. 23 ust. 1 i 2 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy mają obowiązek ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) zamieścił analogiczne postanowienie w punkcie 7.III „Dodatkowe wymagania dotyczące Ofert składanych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”

Do oferty Konsorcjum Alstom załączone zostało pełnomocnictwo udzielone przez Metal Expert sp. z o.o. s.k.a z siedzibą w Warszawie, upoważniające następujące osoby do działania w imieniu Metal Expert sp. z o.o. w Postępowaniu: (i) Zbigniew Sara; (ii) Dariusz Gładyszewski; (iii) Katarzyna Kołataj - Gumińska; (iv) Tomasz Rumak. Upoważnienie to zostało udzielone wyłącznie przez osobę działającą w imieniu jednego z członków konsorcjum, Metal Expert sp. z o.o. s.k.a.

Dowód: oferta Konsorcjum, strona 170

Nie ulega wątpliwości, że pełnomocnictwo z oferty na stronie 170 zostało udzielone jedynie przez jednego z członków utworzonego Konsorcjum i dla swej ważności wymaga udzielenia pełnomocnictwa przez Alstom Power sp. z o.o.

Alstom Power sp. z o.o. udzielił pełnomocnictw Panu Dariuszowi Gładyszewskiemu oraz Panu Zbigniewowi Sarowi. Udzielone pełnomocnictwa nie spełniają jednak wymagań określonych treścią art. 23 Pzp.

Przepis art. 23 ust. 2 PZP stanowi, iż w przypadku, o którym mowa w ust. 1 art. 23 Pzp (wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia), wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z brzmienia powyższego przepisu wynika, iż na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia został nałożony obowiązek ustanowienia pełnomocnika, reprezentującego ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dwóch możliwych zakresach umocowania: (i) do reprezentowania uczestników konsorcjum w postępowaniu, (ii) do reprezentowania uczestników konsorcjum w postępowaniu i podpisania umowy.

Powyższa regulacja ma z jednej strony znaczenie informacyjne dla zamawiającego, co do tego, z kim należy dokonywać czynności w postępowaniu czy podpisać umowę. Jednoznaczne udokumentowanie tego pełnomocnictwa i zaprezentowanie go zamawiającemu ma jeszcze inne znaczenie o zasadniczej doniosłości: ma dawać zamawiającemu pewność, że wola wykonawców wspólnie występujących w postępowaniu na pewno, w sposób poważny i wiążący obejmuje udział w nim, i to udział w takiej konfiguracji podmiotów, jaką wskazano w ofercie. Może to mieć znaczenie dla zabezpieczenia zamawiającego przed ewentualnym uchyleniem się wykonawcy od zawarcia umowy na tej podstawie, że przed podpisaniem umowy jeden z członków konsorcjum oświadczy, że nie miał zamiaru ubiegać się o dane zamówienie.

Alstom Power sp. z o.o. udzielił pełnomocnictw dla ww osób, z których wynika, że osoby te: (i) działają wyłącznie w imieniu Alstom Power sp. o.o., (ii) nie wskazano, że Alstom Power sp. z o.o. ubiega się wspólnie z Metal Expert sp. z o.o. s.k.a. o udzielenie zamówienia; (iii) nie wskazano postępowania, w którym pełnomocnicy są upoważnieni do reprezentacji; (iv) upoważnienia obejmują jedynie czynności w zakresie Zakładu Serwisu spółki Alstom Power sp. z o.o.

Pełnomocnictwa te zatem - udzielone przez Alstom Power sp. z o.o. nie wypełniają normy zawartej w treści art. 23 PZP. Pana Gładyszewski i Pan Sara mogą na podstawie wystawionych pełnomocnictw po pierwsze działać jedynie w zakresie czynności Oddziału elbląskiego spółki Alstom Power sp. z o.o., w ramach których nie mieści udział w postępowaniach przetargowych, z uwagi na brak osobowości prawnej oddziału, dodatkowo w ramach tych czynności zostali upoważnieni do reprezentacji jedynie Oddziału Elbląg Alstom Power sp. z o.o., a nie konsorcjum wykonawców. Z treści pełnomocnictw nie wynika w żaden sposób, aby zamiarem i wolą Alstom Power sp. z o.o. było udzielenie upoważnienia dla Pana Gładyszewskiego oraz Pana Sara umożliwiające im reprezentowanie całego Konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Dowód: pełnomocnictwa zawarte na stronach 174 - 177 ofert Konsorcjum Alstom

Na konieczność rozdzielenia pełnienia funkcji pełnomocnika całego Konsorcjum oraz poszczególnych członków Konsorcjum uwagę zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza, która stwierdziła, że prawo pełnomocnika odnosi się do działania w imieniu wskazanego konsorcjum utworzonego przez dwa podmioty i brak jest podstaw do

uznania, by osoba upoważniona mogła na podstawie takiego pełnomocnictwa reprezentować któregokolwiek z członków konsorcjum występującego w danym postępowaniu samodzielnie. Pełnomocnictwo, o którym mowa w przepisie art. 23 ust. 2 PZP powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym, obejmującym umocowanie do dokonywania i przyjmowania określonych czynności prawnych i faktycznych, a co za tym idzie składania wszelkich oświadczeń woli w imieniu i na rzecz Konsorcjum.

Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem wola udzielenia pełnomocnictwa do działania w imieniu konsorcjum musi zostać wyraźnie wyartykułowana w składanym pełnomocnictwie. Z powyższych względów, należy uznać, że osoby podpisujące ofertę i składające oświadczenia woli w postępowaniu nie miały do tego skutecznego upoważnienia, a tym samym ofertę Zamawiający powinien uznać za nieważną i odrzucić na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 punkt 1 i 8 Pzp.

5. Naruszenie art. 46 ust. 1 punkt 4a Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 46 ust. 1 punkt 4a Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W piśmie z dnia 28 października 2011 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Alstom do złożenia pełnomocnictw, gdyż załączone do oferty Konsorcjum nie spełniały w ocenie Zamawiającego wymagań, o których mowa w art. 23 ust. 2 Pzp.

Dowód: wezwanie Zamawiającego z dnia 28 października 2011 r.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum Alstom wyjaśniło, że doręczone pełnomocnictwa spełniają wymagania, o których mowa w art. 23 ust. 2 Pzp. W związku z powyższym Konsorcjum uznało wezwanie Zamawiającego za nadmierne w tym zakresie.

Dowód: wyjaśnienia Konsorcjum z dnia 04 listopada 2011 r.

Pierwszym elementem składającym się na okoliczności uprawniające do zatrzymania wadium jest wezwanie przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 PZP pełnomocnictw, o ile czynności w postępowaniu po stronie wykonawcy wykonywał pełnomocnik. Jeżeli wykonawca dokumentów takich nie uzupełni oraz nie może

udowodnić, że brak uzupełnienia wynikał z okoliczności od niego niezależnych, spełniona jest dyspozycja przepisu nakazująca zatrzymanie wadium.

Przepis o zatrzymaniu wadium jest więc pochodną przepisu dotyczącego uzupełnienia dokumentów - art. 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca nie przedstawi żądanych oświadczeń i dokumentów lub też przedłoży takie dokumenty i oświadczenia, które nie spełniają wszystkich wymagań im postawionych, np. odnośnie do daty ich wystawienia lub ważności, formy, wreszcie treści, to zachodzi przesłanka zatrzymania wadium.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Odwołujący zgodnie ze stanem faktycznym opisał okoliczności faktyczne niniejszego postępowania związane z powoływanymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz składanymi przez Konsorcjum Alstom oświadczeniami i wyjaśnieniami, wraz ze wskazaniem podpisujących je osób, co zreferowano powyżej.

Do oferty Konsorcjum Alstom załączono:

- pełnomocnictwo wystawione przez Metal Expert Sp. z o.o. S.K.A. w Warszawie dla: Zbigniewa Sar, Dariusza Gładyszewskiego, Katarzyny Kołątaj-Gumińskiej i Tomasza Rumaka (str. 170 i n. oferty), mocujące ww. wymienionych do złożenia oferty i wykonywania wszelkich czynności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia niezbędnych do jego uzyskania. W treści pełnomocnictwa zaznaczono, iż zostaje ono udzielone w związku ze wspólnym ubieganiem się wystawcy ze spółką Alstom Power o udzielenie przedmiotowego zamówienia;

- pełnomocnictwo Alstom Power Sp. z o.o. w Warszawie dla Dariusza Gładyszewskiego (pracownika Zakładu Serwisu – działu Spółki Alstom) mocujące wyżej wymienionego do wykonywania czynności „w zakresie Zakładu Serwisu”) polegających m.in. na podpisywaniu ofert oraz informacji budżetowych do kwoty 10 000 000 EURO (netto, tj. bez VAT), ofert sprzedażowych oraz zawierania umów

sprzedażowych do ww. kwoty. W treści pełnomocnictwa postawiono wymóg działania pełnomocnika łącznie z innym pełnomocnikiem (str. 174 oferty);

- pełnomocnictwo Alstom Power Sp. z o.o. w Warszawie dla Zbigniewa Sar (pracownika Zakładu Serwisu – działu Spółki Alstom) o analogicznej treści jak pełnomocnictwo dla Dariusza Gładyszewskiego.

Pełnomocnictwa wystawione przez Alstom Power Sp. z o.o. były pełnomocnictwami generalnymi nie wskazującymi jakiego konkretnie postępowania o udzielenie dotycząc lub w związku z jakim postępowaniem zostały wystawione.

Ofertę Konsorcjum Alstom podpisali Zbigniew Sar i Dariusz Gładyszewski.

Pismem z dnia 20.10.2011 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Konsorcjum Alstom do złożenia wyjaśnień m.in. w przedmiocie „treści i zakresu złożonego Pełnomocnictwa (zał. nr C2 do oferty), gdyż istnieje wątpliwość, czy Pełnomocnictwo spełnia warunki, o których mowa w art. 23 ust. 2 ustawy”

Pismem z dnia 26.10.2011 r. podpisanym przez Katarzynę Kołątaj-Gumińską i Tomasza Rumaka, Konsorcjum Alstom wyjaśniło, iż ze względu na lakoniczność wezwania zamawiającego w przedmiocie pełnomocnictw nie może dokładnie określić jakie wady pełnomocnictw zamawiający ma na myśli, wskazując, iż w przypadku braku stosowanych pełnomocnictw zamawiający winien wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Dodatkowo Konsorcjum Alstom wyjaśniło, iż spółka Metal Expert udzieliła prawidłowego pełnomocnictwa wszystkim osobom wskazanym w jego treści, ponadto z uwagi na fakt, iż osoby te „są pracownikami Alstom Power Sp. z o.o., również upoważnionymi przez Alstom Power do złożenia przedmiotowej [oferty – przypis Izby], pełnomocnicy tacy – działając w imieniu Konsorcjum – umocowani byli do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu”.

Do wyjaśnień Konsorcjum Alstom z dnia 26.10.2011 złączono:

- 1) pełnomocnictwo z dnia 01.10.2011 r. wystawione przez Alstom Power Sp. z o.o. dla Katarzyny Kołątaj-Gumińskiej (pracownika Zakładu Serwisu – wewnętrznego wydziału spółki Alstom) mocujące ją do czynności „w zakresie Zakładu Serwisu”, w

tym m.in. do „podpisywania niżej wymienionych dokumentów”: ofert oraz informacji budżetowych, ofert sprzedażowych oraz zawierania umów sprzedażowych, zawierania umów w sprawie przystąpienia do zewnętrznego konsorcjum z partnerami grupy Alstom oraz wielu innych kazuistycznie wymienionych czynności,

2) pełnomocnictwo z dnia 01.10.2011 r. wystawione przez Alstom Power Sp. z o.o. dla Tomasza Rumaka (pracownika Zakładu Serwisu – wewnętrznego wydziału spółki Alstom) mocujące go do czynności „w zakresie Zakładu Serwisu”, w tym m.in. do „podpisywania niżej wymienionych dokumentów”: ofert oraz informacji budżetowych każdorazowo do równowartości 10 000 000 Euro (netto), ofert sprzedażowych oraz zawierania umów sprzedażowych każdorazowo do ww. kwoty, ofert sprzedażowych oraz zawierania umów sprzedażowych, zawierania umów w sprawie przystąpienia do zewnętrznego konsorcjum z partnerami grupy Alstom oraz wielu innych kazuistycznie wymienionych czynności.

W obu ww. pełnomocnictwach wymagano łącznego działania dwóch pełnomocników.

Pismem z dnia 28.10.2011 r. zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Konsorcjum Alstom Power do złożenia pełnomocnictw dla Katarzyny Kołątaj-Gumińskiej i Tomasza Rumaka, gdyż „nie spełniają wymagań, o których mowa w art. 23 ust. 1 i 2 ustawy”.

Pismem z dnia 04.11.2011 r. Konsorcjum Alstom jeszcze raz przekazało wyżej wymienione pełnomocnictwa i wyjaśniło, iż spełniają one wymagania, o których mowa w art. 23 ust. 1 i 2 Pzp.

Następnie, tj. w dniu 07.11.2011 r. Konsorcjum Alstom wniosło odwołanie względem czynności zamawiającego z dnia 28.10.2011 r. polegającej na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictw, pomimo, że odwołujący załączył prawidłowe pełnomocnictwa do wyjaśnień z dnia 26.10.2011 r. (doręczone zamawiającemu w dniu 27.10.2011 r.), wnioskując o nakazanie zamawiającemu unieważnienia ww. czynności wezwania do uzupełnienia pełnomocnictw Katarzyny Kołątaj-Gumińskiej i Tomasza Rumaka.

Pismem z dnia 10.11.2011. zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, iż uwzględnia odwołanie Konsorcjum Alstom w całości.

Konsorcjum TurboCare do tego postępowania odwoławczego nie przystąpiło.

Postanowieniem z dnia 17 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2401/11) Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze wywołane ww. odwołaniem.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Informację o kwestionowanej w odwołaniu czynności - wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym o zaniechaniu unieważnienia postępowania, odwołujący otrzymał faksem w dniu 16 lutego 2012 r. Tym samym Izba wskazuje, iż skoro przedmiotowe odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty wybranej oraz zaniechania unieważnienia postępowania, jako takie, w obu przypadkach zostało wniesione w dziesięciodniowym terminie wskazanym powyżej (26 lutego 2012 przypadła w niedzielę).

Nie jest dla Izby zrozumiałe i jasne z jakich względów zamawiający i odwołujący postulują obliczanie terminów na wniesienie przedmiotowego odwołania na podstawie art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, tj. względem jakiej innej czynności niż wybór najkorzystniejszej oferty miałyby być wniesione niniejsze odwołanie. Natomiast zgłaszany przez przystępującego postulat aby w świetle aktualnie obowiązujących przepisów dotyczących środków ochrony prawnej, wybrany wykonawca wnosił odwołanie od czynności rozstrzygnięcia postępowania ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty konkurencyjnej w oparciu o wszystkie podstawy faktyczne i prawne, pod rygorem utraty możliwości (spóźnienia) kwestionowania kolejnych czynności zamawiającego na tych podstawach, nie zasługuje na uwzględnienie. W wyniku gruntownej nowelizacji środków ochrony prawnej wprowadzonej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. nr 223, poz. 1778) zmianom uległa instytucja koncentracji środków ochrony prawnej, która przed nowelą wymagała zbiorczego rozstrzygnięcia protestów przez zamawiającego i dodatkowo wzmocniana była sposobem obliczania terminów na ich wnoszenie odniesionym zawsze nie do kwestionowanej czynności zamawiającego, ale do okoliczności, o których protestujący dowiedział się lub przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć, a stanowiących podstawę wniesienia protestu (art. 180 i n. ustawy w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji). Tym samym w każdym przypadku wykonawcy zobowiązani byli podnieść, np. względem czynności rozstrzygnięcia postępowania, w proteście wszystkie okoliczności, o których już wtedy mogli się dowiedzieć, a które stanowiły o jej wadliwości pod rygorem upływu zawitego terminu na ich ponowne podniesienie po ewentualnym powtórzeniu czynności. Aktualnie, tj. w świetle przepisów obowiązujących obecnie, powyższe dotyczy tylko czynności, o których mowa w art. 182 ust. 3 ustawy, odnośnie których termin na wnoszenie odwołania liczony jest względem okoliczności stanowiących podstawę ich wniesienia, a nie względem poinformowania o danej czynności.

Następnie Izba wskazuje, iż wszystkie podtrzymane zarzuty odwołania skutkujące koniecznością odrzucenia oferty lub wykluczenia Konsorcjum Alstom z postępowania (lub zatrzymaniem jego wadium) prowadzą do zakwestionowania umocowania osób wykonujących w postępowaniu czynności w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie tego zamówienia. Zarzuty odwołania polegają więc na postulowaniu uznania samej oferty, wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny i w

sprawie treści oferty, oświadczenia o przedłożeniu terminu związania ofertą, czy uzupełniania dokumentów lub pełnomocnictw za nieważne i niebyłe ze względu na wady w umocowaniu wykonujących ich osób, ze wszelkimi skutkami powyższego wynikającymi z adekwatnych, powoływanych i cytowanych w odwołaniu przepisów. Wszystkie powyższe okoliczności są więc wtórne w stosunku do zarzutów dotyczących prawidłowości umocowania osób wykonujących czynności po stronie Konsorcjum Alstom.

W odniesieniu do tak sformułowanych zarzutów odwołania należy wskazać, iż ich rozpoznanie przez Izbę były możliwe tylko w części.

Mianowicie zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Izba odrzuca odwołanie, które dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powyższy przepis ustanawia instytucję *res iudicata* w odniesieniu do czynności zamawiającego dokonywanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia i jako taki ma zapobiegać ponownemu merytorycznemu orzekaniu o tych samych zarzutach i możliwości powstania dwóch sprzecznych orzeczeń w tej samej sprawie. Domaganie się rozstrzygnięcia tych samych zarzutów, których dotyczyło już inne postępowanie odwoławcze, należy zakwalifikować jako zmierzające do obejścia ww. przepisu.

W odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia zostało wydane prawomocne orzeczenie Izby kończące postępowanie odwoławcze w sprawie zarzutów dotyczących prawidłowości pełnomocnictw dla p. Katarzyny Kołątaj-Gumińskiej i Tomasza Rumaka załączonych do wyjaśnień Konsorcjum Alstom. Postanowieniem z dnia 17 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2401/11) Izba umorzyła postępowanie odwoławcze dotyczące ww. pełnomocnictw. Zamawiający zakwestionował fakt przedstawienia prawidłowo mocujących do występowania w postępowaniu pełnomocnictw dla ww. osób i wezwał do ich uzupełnienia, natomiast Konsorcjum Alstom odwołało się od tej czynności zamawiającego podnosząc, iż pełnomocnictwa takie zostały mu przedstawione i są wystarczające. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i po umorzeniu postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp uznał przedłożone pełnomocnictwa za wystarczające i odstąpił od egzekwowania ich uzupełnienia. Tym samym w świetle art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy (a także art. 185 ust. 6 Pzp) niedopuszczalne jest teraz

podnoszenie zarzutów uprzednio uwzględnionych przez zmawiającego. Należy przy tym zaznaczyć, iż zakresie zarzutu nie decydują wcale jego podstawa prawna ani postulowane następstwa prawne (które dla danego zarzutu nie muszą być wcale swoiste i mogą się wielokrotnie w odniesieniu do różnych zarzutów powtarzać), ale przede wszystkim okoliczności faktyczne, na których zarzut się opiera i które przesądzają o jego indywidualizacji, kwalifikacji i znaczeniu. Tak więc kwestia prawidłowości ww. pełnomocnictw została ostatecznie zakończona z chwilą wykonania przez zmawiającego żądań odwołania Konsorcjum Alstom (oznaczonego sygn. akt 2401/11).

Natomiast żadne zarzuty odwołań wniesionych uprzednio w postępowaniu, tj. przed czynnością kwestionowaną w ramach przedmiotowego odwołania, nie dotyczyły pełnomocnictw osób podpisujących ofertę Konsorcjum Alstom, p. Zbigniewa Sar i Dariusza Gładyszewskiego.

W związku z powyższym w tym zakresie odwołanie zostało merytorycznie rozpoznane przez Izbę, a ww. zarzuty zostały uznane za niezasadne.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a w takim przypadku, zgodnie z ust. 2 art. 23, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W świetle powołanych wyżej regulacji prawnych stwierdzić należy, iż materialnym obowiązkiem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie jest ustanowienie pełnomocnika reprezentującego ich w postępowaniu.

Należy w tym zakresie podzielić stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. akt. KIO/UZP 1432/07, według którego ustawa w swoich przepisach nie wprowadza żadnej odrębnej definicji pełnomocnictwa i z tego względu należy jego wymagany zakres i znaczenie oceniać w świetle przepisów Kodeksu cywilnego.

Przepis art. 96 K.c. stanowi natomiast, że istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu. Oznacza to możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy. Na mocy art. 109 pełnomocnik może też odbierać oświadczenia kierowane do mocodawcy. Z normy zawartej w art. 107 K.c. wynika, że jeżeli

mocodawca ustanowił kilku pełnomocników to każdy z nich może działać samodzielnie. Tym samym ustawodawca dopuszcza możliwość działania w jednej sprawie kilku pełnomocników o jednakowym zakresie umocowania.

Odnosząc ww. przepisy K.c. do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba w ww. wyroku stwierdza, iż tak jak dopuszczalne jest, aby pełnomocnikiem była zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna, tak też dopuszczalna jest reprezentacja wykonawcy w postępowaniu przez kilku pełnomocników.

Następnie rozpatrzyć należy i zinterpretować pojęcie reprezentacji, o którym mowa w powołanym przepisie art. 23 ust. 2 Pzp. Reprezentacja – w potocznym znaczeniu tego pojęcia – według Słownika Języka Polskiego PWN, to m.in. reprezentowanie kogoś lub czegoś. Natomiast w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako postępowania, w którym jego uczestnicy składają oświadczenia woli, którym przepisy przypisują określone skutki prawne, nie może być mowy o jakimkolwiek innym znaczeniu reprezentacji wykonawcy jak tylko w rozumieniu art. 95 i 96 K.c., a więc jako dokonywanie czynności prawnych wykonawcy przez jego przedstawiciela. Pełnomocnik nie musi być więc wcale umocowany generalnie i dosłownie do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale winien być umocowany do wykonywania czynności prawnych w imieniu wszystkich swoich mocodawców ubiegających się wspólnie o zamówienie, w zakresie potrzebnym do uzyskania zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. W szczególności w przetargu nieograniczonym za takie pełnomocnictwo należało będzie uznać pełnomocnictwo mocujące do zaciągania zobowiązań (składania ofert) w zakresie przetargiem tym objętym, przyjmując przy tym, iż pełnomocnictwo do zaciągania zobowiązań obejmuje również umocowanie prawo do ich przedłużania, zmieniania, wyjaśniania ich treści i okoliczności, których zobowiązania te dotyczą.

Następnie należy wskazać na normę prawną wynikającą z § 65 ust. 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Oceniając w świetle powyższego pełnomocnictwa załączone do oferty Konsorcjum Alstom, wskazać należy, iż obaj współkonsorcjanci ustanowili swoimi pełnomocnikami te same osoby, które następnie w ich imieniu podpisały ofertę. Zarówno Zbigniew Sar, jak i Dariusz Gładyszewski byli umocowani

do złożenia oferty (zaciągnięcia zobowiązania) w imieniu obu wykonawców wspólnie ubiegających się do udzielenie zamówienia. Z tym, że spółka Metal Expert umocowała ich do powyższego z ograniczeniem do działania tylko w ramach niniejszego postępowania, a w imieniu spółki Alstom Power mieli umocowanie do szerszego działania (składania „ofert sprzedażowych” w jakichkolwiek postępowaniach), co jednak w świetle poczynionych powyżej uwag pozostaje bez znaczenia – występując w niniejszym postępowaniu wyżej wymienieni nie przekroczyli zakresu swojego umocowania i byli umocowani do działania w imieniu obu konsorcjantów. W treści żadnego z pełnomocnictw, którymi się posługiwali nie znalazło się zastrzeżenie jakoby zobowiązania w imieniu swoich mocodawców mogli zawierać tylko w określony sposób (np. z wyłączeniem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia). Tym samym osoby podpisujące ofertę Konsorcjum Alstom działały jako pełnomocnicy obu tych wykonawców, uprawnione do ich reprezentowania w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a więc byli to pełnomocnicy, o których mowa w art. 23 ust. 2 Pzp. Ponadto uwzględniając kontekst i znaczenie ich działania (treść obu pełnomocnictw; fakt, iż podpisujący ofertę są pracownikami spółki Alstom; złożenie i określone oznaczenie oferty w tego typu przetargu... etc.), należało przyjąć, iż sposób działania wyżej wymienionych pozostawał w zgodzie z wolą obu mocodawców i byli oni umocowani do wspólnej i jednoczesnej reprezentacji obu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Powyższe znalazło potwierdzenie również w wyjaśnieniach z dnia 26.10.2011 r., stanowiących niejako autentyczną wykładnię treści i zakresu przedstawionych pełnomocnictw, dokonaną przez innych pełnomocników Konsorcjum Alstom, których umocowanie do działania w postępowaniu zamawiający uznał za prawidłową, i które, jak wskazano powyżej, nie może już zostać zakwestionowane na drodze środków ochrony prawnej.

Ponadto Izba wskazuje, iż pełnomocnictwa udzielone przez Alstom Power Sp. z o.o. nie zawierają żadnego ograniczenia do działania tylko w imieniu elbląskiego oddziału spółki, natomiast według niezakwestionowanego i niebudzącego wątpliwości oświadczenia pełnomocników przystępującego złożonego na rozprawie, składanie „ofert sprzedażowych” w ramach przedmiotowego przetargu mieści się w zakresie działania Zakładu Serwisu, który jest działem wewnętrznym ww. spółki.

Reasumując Izba stwierdza, iż oferta podpisana przez Zbigniewa Sar i Dariusza Gładyszewskiego jest ofertą ważną w świetle przepisów ustawy oraz Kodeksu cywilnego, jak też ważne i skuteczne pozostają czynności podjęte przez ww. osoby dotyczące tej oferty.

Za niezasadny Izba uznał również zarzut zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z niemożnością udzielenia zamówienia (zawarcia umowy w sprawie zamówienia) przed terminem rozpoczęcia jego realizacji oznaczonym w siwz.

Okoliczność faktyczna stanowiąca podstawę rozpatrywanego zarzutu nie jest pomiędzy stronami sporna - rozpoczęcie realizacji niniejszego zamówienia zastrzeżono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na dzień 27 lutego 2012 r. Natomiast strony odmiennie oceniają konsekwencje prawne zaistniałych okoliczności oraz wywodzą z powyższego różne skutki prawne.

Zgodnie z ww. przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast zgodnie z art. 146 ust. 1 Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;

5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;

6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

Odnosnie znaczenia i stosowania powyższych przepisów wypowiedział się Sad Okręgowy w Poznaniu, który w postanowieniu z dnia 4 listopada 2005 r., sygn. II Ca 941/05, wskazał, iż wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność (teza sformułowana na gruncie już nieobowiązującej redakcji i brzmienia ww. przepisów, ale zachowująca pełną aktualność w odniesieniu do obecnych regulacji). Podkreśleniu wymaga tu zawarte w dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy wskazanie na wadę samego postępowania o udzielenie zamówienia skutkującą nieważnością/unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 Pzp, a nie na nieważność umowy na podstawie odrębnych przepisów niezależnych od regulacji ustawy. W ten sam sposób wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza, dla przykładu w wyrokach z dnia 10 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 125/09 i z dnia 31 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 333/09. Natomiast w wyroku z dnia 4 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 25/08, Izba wprost wskazała, iż przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy należy interpretować w związku z art. 146 ust. 1, który określa wady postępowania powodujące nieważność umowy, a w ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej upływ terminu realizacji zamówienia, określony w ofercie wykonawcy nie jest wadą samego postępowania o zamówienie publiczne.

Ponadto sama umowa zawarta bezpośrednio po ogłoszeniu wyroku Izby w rozpatrywanej sprawie nie będzie nieważna w zw. z art. 387 § 1 K.c., zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Fakt, iż świadczenia wykonawcy, których umowa dotyczy, pomimo opóźnienia w rozpoczęciu ich realizacji, są ciągle możliwe do wykonania w dacie końcowej wymaganej w siwz, potwierdzony został oświadczeniem samego odwołującego deklarującego wolę i możliwość wykonania przedmiotu umowy w taki sposób.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust 3 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: