

**Sygn. akt: KIO 1052/11**

**WYROK**  
**z dnia 31 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Zadrozny**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2011 r. przez wykonawcę EVER Grupa Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Warszawie Sp. z o.o., ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa

przy udziale wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności badania i oceny złożonych ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Impel Cleaning Sp. z o.o., we Wrocławiu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie
  - 2.2. zasądza od Impel Cleaning Sp. z o.o., we Wrocławiu na rzecz EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3. zasądza od Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Warszawie Sp. z o.o., 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. 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Wykonawca Ever Grupa Sp. z o.o. uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na utrzymanie czystości na terenie Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Warszawie Sp. z o.o. wniósł dnia 20 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego z postępowania, jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu z powodu nienależytego wniesienia wadium, odrzuceniu jego oferty, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, pominięciu jego oferty w czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Impel Cleaning, zaniechaniu wyboru oferty odwołującego oraz, z ostrożności procesowej, wobec czynności sprostowania rozstrzygnięcia postępowania z dnia 11 maja 2011 r. jako czynności nie znajdujące podstaw prawnych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 oraz ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 45 ust. 7, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 i 2, art. 181 oraz art. 186 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy pzp).

Wniósł o unieważnienie czynności sprostowania rozstrzygniętego postępowania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazania dokonania ponownej oceny ofert, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i wykluczenia go z postępowania, wykluczenia z postępowania wykonawcy Impel Cleaning i odrzucenia jego oferty, uwzględnienia oferty odwołującego w czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołujący stwierdził, że brak jest podstaw prawnych do wydania przez zamawiającego „sprostowania rozstrzygnięcia postępowania”, które prowadziło do merytorycznej zmiany treści rozstrzygnięcia przetargu. Zauważył, że przepisy ustawy pzp nie przewidują takiego trybu, a zamawiający może dokonać zmiany wyników oceny ofert tylko w związku z uwzględnieniem odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp, a takie sprostowanie byłoby również sprzeczne z zasadą z art. 61 kc, iż po otrzymaniu oświadczenia woli przez jego adresatów, można je odwołać tylko za ich zgodą.

Odwołujący wskazał, że podstawą wykluczenia go z postępowania był art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Zamawiający wskazał, że w toku postępowania zmienił numer rachunku bankowego, na który wykonawcy winni wnieść wadium. Wadium powinno zostać wniesione na rachunek w banku PEKAO S.A. VI O /W-wa nr 47 1240 6074 1111 0010 3734 8826. Wykonawca Ever Grupa Sp. z o.o. wniósł wadium na rachunek nr 45 1240 6960 6013 9010 0562 8836, który nie jest rachunkiem bankowym Zamawiającego. Ofertę wykonawcy

wykluczonego z postępowania zamawiający uznał za odrzuconą. Odwołujący stwierdził, że w dniu 7 kwietnia 2011 r., z zachowaniem terminu, dokonał przelewu kwoty 11.260 zł jako wadium na wskazany przez zamawiającego rachunek bankowy, z dopiskiem: wadium w przetargu nieograniczonym na utrzymanie czystości na terenie MSW w Warszawie sp. z o.o. Jako dowód załączył potwierdzenie przelewu.

Ponadto odwołujący wskazał, że wykonawca Impel Cleaning podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż pełnomocnictwo dla p. Tomasza Iwańskiego zostało udzielone przez Konsorcjum firm Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, gdy tymczasem ofertę w postępowaniu złożył Impel Cleaning Sp. z o.o., a nadto pełnomocnictwo to jest wadliwe, gdyż jest nieodpowiednim pełnomocnictwem rodzajowym. Powyższy zarzut został postawiony z ostrożności procesowej, gdyż w opinii odwołującego, ma on prawo formułować zarzuty przeciwko konkurencyjnym ofertom po przywróceniu jego oferty do postępowania.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania uznając, że zachodzą podstawy do ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Podzielił podgląd odwołującego, że nie miał podstaw do dokonania czynności sprostowania wyniku postępowania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że odwołujący został skutecznie przywrócony do postępowania. Odnośnie wniosku o wykluczenie przystępującego z postępowania stwierdził, że jest on bezzasadny, gdyż w razie uznania wadliwości pełnomocnictwa załączonego do jego oferty, zamawiający byłby zobowiązany do zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy. Stwierdził przy tym, że kwestionowane pełnomocnictwo potwierdza uprawnienie pełnomocnika do reprezentowania spółki Impel Cleaning sp. z o.o., która złożyła ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Z ostrożności złożył do akt sprawy wydruk faksu zawierający treść pełnomocnictwa udzielonego bezpośrednio przez przystępującego panu Tomaszowi Iwańskiemu. Przystępujący stwierdził, że ewentualna ponowna ocena ofert nie wpłynie na wynik postępowania.

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

Podstawą rozstrzygnięcia Izby jest ustalenie, że oferta wybranego wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. została podpisana przez osobę fizyczną działającą na podstawie wadliwego pełnomocnictwa. Należy zauważyć, że pełnomocnictwo załączone do oferty (str.

41) udzielone zostało przez Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Partner Spółka ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu tworzące konsorcjum, w którym Impel Cleaning Sp. z o.o. pełni rolę lidera konsorcjum. Treść pełnomocnictwa wskazuje, że mocodawcy upoważniają do ich łącznego reprezentowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamierzają oni wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia korzystając z takiego uprawnienia przewidzianego w art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby 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.

Konsekwencją stwierdzenia wadliwości pełnomocnictwa jest wskazanie na obowiązek zastosowania przez zamawiającego w toku ponownego badania i oceny ofert wykonawców, przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez wezwanie wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, który złożył samodzielnie ofertę w przedmiotowym postępowaniu, do złożenia pełnomocnictwa udzielonego przez tego wykonawcę.

Odnośnie zarzutu odwołania dotyczącego wydania przez zamawiającego „sprostowania rozstrzygnięcia postępowania”, które prowadziło do merytorycznej zmiany treści rozstrzygnięcia przetargu zasadne jest spostrzeżenie odwołującego, że przepisy ustawy pzp przewidują możliwość zmiany przez zamawiającego decyzji o wyniku oceny ofert wskutek uwzględnienia zarzutów odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp. Okoliczność taka nie miała miejsca w rozpoznawanej sprawie. Należy jednak stwierdzić, że stosownie do przepisu art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych w sprawach nieuregulowanych przez przepisy tej ustawy zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego. Niesporną między stronami okolicznością jest fakt wniesienia przez odwołującego należnego wadium zgodnie z wymogami ustalonymi przez zamawiającego, a tym samym nie zachodziły przesłanki wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W niniejszej sprawie Zamawiający, zdaniem Izby, wypełnił normę przepisu art. 84 k.c., co oznacza, że przy podjęciu czynności obejmującej wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego działał pod wpływem błędu rozumianego jako niezgodność z obiektywną rzeczywistością. Był to błąd dotyczący treści czynności prawnej (podstawy wykluczenia wykonawcy), jak i błąd, o którym adresat tj. odwołujący się wykonawca wiedział. Tym samym, w niniejszej sprawie wypełniona została norma przepisu art. 84 k.c.

W niniejszej sprawie oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych pierwotnego oświadczenia o wyniku postępowania zostało nazwane sprostowaniem, co w ocenie Izby zawiera w sobie wolę Zamawiającego wyrażającą się w uchyleniu się od skutków prawnych

złożonego oświadczenia woli i sformułowaniem rozstrzygnięcia o wyniku postępowania w zakresie oceny oferty odwołującego, nie obarczonym błędem.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba podzielając stanowisko o bezzasadności wykluczenia odwołującego z postępowania nakazała zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwagi na konieczność przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp wobec złożenia przez przystępującego wadliwego pełnomocnictwa. Izba zauważa przy tym, że wskazana procedura jest prowadzona przez zamawiającego wobec wykonawcy, którego to dotyczy. Złożona do akt postępowania odwoławczego kopia pełnomocnictwa, niezależnie od formy niezgodnej z wymogami pkt 13.3.4) a lub b siwz, nie jest dokumentem, którym zamawiający dysponuje.

W konsekwencji skład orzekający nie znalazł podstaw do oddalenia odwołania uznając, że wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzależniony od wyniku czynności zamawiającego w toku ponownego badania ofert i nie może być znany w chwili wyrokowania.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji wyroku.

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