

WYROK
z dnia 2 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Elbud-Hurt Katowice Sp. z o.o., Fabryka Przewodów Energetycznych S.A., Elektro-Invest Hurt Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. Roździeńska 14, 40-382 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Energa-Operator S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk,**

przy udziale wykonawcy: **Tele-Fonika Kable S.A., ul. Wielicka 114, 30-663 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum Elbud-Hurt Katowice Sp. z o.o., Fabryka Przewodów Energetycznych S.A., Elektro-Invest Hurt Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. Roździeńska 14, 40-382 Katowice, 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 zamówienie: Konsorcjum Elbud-Hurt Katowice Sp. z o.o., Fabryka Przewodów Energetycznych S.A., Elektro-Invest Hurt Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. Roździeńska 14, 40-382 Katowice tytułem wpisu od odwołania,**

2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Elbud-Hurt Katowice Sp. z o.o., Fabryka Przewodów Energetycznych S.A., Elektro-Invest Hurt Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. Roździeńska 14, 40-382 Katowice** na rzecz zamawiającego: **Energa-Operator S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Energa - Operator Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę przewodów elektroenergetycznych SN i nn”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 lipca 2015 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 137-253481.

W dniu 14 października 2015 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Tele-Fonika Kable S.A. oraz o odrzuceniu oferty Konsorcjum: Elbud- Hurt Katowice sp. z o.o., Fabryka Przewodów Energetycznych SA., Elektro-Invest Hurt sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach w części nr 2 zamówienia.

Konsorcjum: Elbud- Hurt Katowice sp. z o.o., Fabryka Przewodów Energetycznych SA., Elektro-Invest Hurt sp. z o.o. Sp. k. wniosło odwołanie wobec odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w części nr 2 zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, tj.:

1. art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez:

- wezwanie Odwołującego pismem z dnia 9.09.2015 r. do uzupełnienia „dokumentu potwierdzającego uprawnienie p. Z. S. do reprezentowania ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k.” w sposób nieprecyzyjny, niejasny, a także wprowadzający w błąd Odwołującego, że ten nie wykazał umocowania tejże osoby do podpisania pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 21.08.2015 r. w imieniu członka konsorcjum, tj. ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k.,

- zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa konsorcjalnego, pomimo że dokument pełnomocnictwa z dnia 21.08.2015 r., załączony przez Odwołującego do oferty budził wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości umocowania p. Z. S. do reprezentowania członka konsorcjum: ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k.,

2. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 k.c., poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieważnej, w rozumieniu art. 104 k.c., na podstawie niczym nie popartego domniemania, jakoby oferta Odwołującego została podpisana przez osobę p. D. K. bez umocowania, pomimo że czynność ta była objęta prawidłowo udzielonym pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 21.08.2015 r.

3. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 23 ust. 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z ustawą, z uwagi na rzekomy brak skutecznego ustanowienia pełnomocnika dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i ostatecznie wybranie wykonawcy, który złożył ofertę mniej korzystną od oferty Odwołującego w części nr 2 zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że bezprawne działanie Zamawiającego zamknęło Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia w części nr 2. Odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 2 zamówienia,
2. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w części nr 2 zamówienia,
3. wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia:
 - a) aktualnego odpisu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. [tj. komplementariusza Spółki z o.o. Sp.k., będącej Członkiem Odwołującego],
ewentualnie
 - b) pełnomocnictwa konsorcjalnego, podpisanego w imieniu ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k. samodzielnie przez p. A. O. - Wiceprezesa Zarządu komplementariusza wraz odpisem z rejestru,
4. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 2 zamówienia, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
5. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że w części nr 2 zamówienia złożył najkorzystniejszą ofertę, która pierwotnie, w dniu 17 września 2015 r. została wybrana jako najkorzystniejszej w tej części zamówienia.

Powyższa czynność została zaskarżona w postępowaniu odwoławczym przez wykonawcę Tele-Fonika Kable S.A. Odwołujący przystąpił do tego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zamawiający w odpowiedzi na ww. odwołanie uwzględnił zarzuty, twierdząc, że Odwołujący nie przedstawił dokumentu, który potwierdza, że na dzień składania ofert lub podpisania pełnomocnictwa konsorcjalnego, p. Z. S. był uprawniony do działania w imieniu ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k. W konsekwencji Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał, jakoby p. D. K. - Prezes Zarządu ELBUD Hurt sp. z o.o. był w dniu 24 sierpnia 2015 r. uprawniony do podpisania oferty. W związku z powyższym wykonawca Tele-Fonika Kable S.A. cofnął odwołanie. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone, a w wyniku powtórzenia czynności Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, powołując się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp

- jako nieważną w rozumieniu art. 104 k.c. z uwagi na niewykazanie przez Odwołującego, że p. Z. S. w dniu 21.08.2015 r. tj. w dniu udzielenia pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum, był uprawniony do reprezentowania ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o., a tym samym ELEKTRO- INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k., w konsekwencji - nie wykazanie, że pełnomocnictwo od Członków Konsorcjum dla podpisującego ofertę p. D. K. było skutecznie udzielone oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 2 Pzp z uwagi na brak skutecznego ustanowienia pełnomocnika dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że pełnomocnictwo konsorcjalne udzielone przez osoby reprezentujące wszystkich członków Konsorcjum w dniu 21 sierpnia 2015 r. zostało sporządzone na piśmie. W treści wskazano pełnomocnika, poprzez podanie jego imienia i nazwiska [D. K.], numeru dowodu osobistego oraz jego funkcji - Prezes Zarządu jednego z Członków Konsorcjum, tj. ELBUD Hurt Sp. z o.o. Zakres pełnomocnictwa obejmuje reprezentowanie Konsorcjum w niniejszym przetargu nieograniczonym, a także podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pełnomocnictwo konsorcjalne dla p. D. K. zostało podpisane przez:

- p. K. K. - Prezesa Zarządu Fabryki Przewodów Energetycznych S.A.,
- p. D. K. - Prezesa Zarządu ELBUD Hurt sp. z o.o.,
- p. Z. S. - Prezesa Zarządu ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k.

Zamawiający zakwestionował umocowanie p. Z. S. do reprezentowania ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o., Sp.k. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, jako nieważną na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 k.c., zarzucił niewykazanie przez Odwołującego, że p. Z. S. był uprawniony do reprezentowania tego członka Konsorcjum.

Odwołujący podniósł, że udzielenie pełnomocnictwa nie jest równoznaczne z jego pisemnym udokumentowaniem. Niedołączenie dokumentu przez pełnomocnika jest uznawane za brak formalny, który może zostać konwalidowany i nie powoduje nieważności czynności prawnej, jeżeli pełnomocnik był rzeczywiście umocowany. Wydanie dokumentu nie ma znaczenia konstytutywnego.[podobnie wyrok SN z 28 marca 2008 r.],II PK 235/07).

Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy, brak udokumentowania umocowania p. Z. S. do podpisania pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 21.08.2015 r. w imieniu członka Konsorcjum: ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k. wynika z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, który w sposób nieprawidłowy i nieudolny zastosował przepis art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący w celu wykazania umocowania p. Z. S. załączył do oferty odpis z KRS nr 0000405407 Spółki ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k. wg. stanu na dzień 19 sierpnia 2015 r. Z ww. odpisu wynika, że uprawnionym do reprezentowania Spółki jest komplementariusz występujący samodzielnie, tj.: ELEKTRO-INVEST Hurt sp. z o.o.

Z treści ww. odpisu nie można wywieść jednak, kto i jak działa w imieniu komplementariusza. Powyższe potwierdza też odpis pełny z KRS 0000405407 wg stanu na dzień 5.10.2015 r. dla tej Spółki.

Powołując się na art. 117 § 1 oraz art. 133 § 1 pkt 7 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U.2013.1030), a także na postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. akt XXIII Ga 1391/13, Odwołujący podniósł, że brak wykazania przez Odwołującego w ofercie faktycznego umocowania p. Z. S. do podpisania pełnomocnictwa konsorcjalnego w imieniu członka Konsorcjum - ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k. wynikało tylko i wyłącznie z wadliwego (niepełnego) zapisu rejestru przedsiębiorców KRS dla tej Spółki. Rejestr przedsiębiorcy, jakim jest spółka komandytowa, powinien udzielać jasnych informacji na temat tego, kto i jak działa za spółkę, bez potrzeby odnoszenia się do rejestrów innych spółek, w tym przypadku rejestru dla ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o.

Pismem z dnia 9 września 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp potwierdzającego „uprawnienie p. Zbigniewa Sroki do reprezentowania ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k. Takiego dokumentu nie załączono do oferty. Wskazane uprawnienie nie wynika z załączonego odpisu z KRS ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o.”

Zamawiający sformułował to wezwanie w sposób nieprecyzyjny i niejasny oraz wprowadzający Odwołującego w błąd, co nie pozwoliło Odwołującemu na uzupełnienie właściwego dokumentu, tj. rejestru KRS dla ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o., który potwierdzałby faktyczne umocowania tej osoby do podpisania w imieniu ww. członka Konsorcjum pełnomocnictwa z dnia 21.08.2015 r. Odwołujący wyjaśnił, że nie miał możliwości uzupełnić żądanego przez Zamawiającego dokumentu, gdyż jedynym dokumentem, na mocy którego Odwołujący mógł skutecznie wykazać umocowanie dla p. Z. S. do podpisania pełnomocnictwa konsorcjalnego w imieniu członka Konsorcjum, tj. ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k. jest rejestr KRS dla komplementariusza tej Spółki, tj.: ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o.

Odwołujący przyznał, że odpis z KRS Spółki ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. nie został przedłożony w ofercie Odwołującego. Odwołujący mógł jednak sądzić, że ww. odpis z KRS został przez Zamawiającego przeanalizowany i oceniony negatywnie w wyniku samodzielnego jego pobrania z Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego. Dlatego też w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentu, Odwołujący, mając na uwadze zarzuty Zamawiającego dotyczące braków w odpisie z KRS dla ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o., zamiast uzupełnić odpis z KRS, przedstawił Zamawiającemu umowę Spółki komandytowej z dnia 28 listopada 2011 r. (Repertorium A Numer 6704/2011).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był sformułować wezwanie do

uzupełnienia dokumentu w sposób bardziej precyzyjny i żądać uzupełnienia dokumentu potwierdzającego uprawnienie p. Z. S. do reprezentowania - nie Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej, lecz jej - komplementariusza działającego jako osoba prawna, tj. ELEKTRO- INYEST Hurt Sp. z o.o.

Nieuzupełnienie przez Odwołującego właściwego dokumentu, na skutek wadliwego działania Zamawiającego, nie może pociągać za sobą nieważności dokonanej czynności prawnej, jeżeli zostanie dowiedzione, że pełnomocnik był prawidłowo umocowany do działania.

Ponadto, jeżeli dokument pełnomocnictwa konsorcjalnego złożonego w ofercie Odwołującego rzeczywiście budził wątpliwości Zamawiającego, co do prawidłowości umocowania p. Z. S. do reprezentowania członka Konsorcjum: ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k., to Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu tegoż pełnomocnictwa, czego jednak Zamawiający nie uczynił.

Ustawodawca w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp wprost przewiduje możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa. Niezłożenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu.

Powyższe okoliczności nie dają podstawy do przyjęcia, że oferta w imieniu Odwołującego została złożona przez osobę bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu, co skutkowałoby nieważnością dokonanej w cudzym imieniu jednostronnej czynności złożenia oferty. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę, w szczególności w kontekście braku umocowania lub przekroczenia jego zakresu przez osobę, która podpisała ofertę do dokonania tej czynności [zob. np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2097/10]. Sytuacja w której Zamawiający odrzuca ofertę, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów dotyczy bowiem przede wszystkim niezgodności oferty z przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi wad oświadczenia woli, takich jak błąd, złożenie oferty dla pozorów lub pod groźbą.

W niniejszym przypadku, nawet jeżeliby uznać braki formalne w zakresie wykazania umocowania p. Z. S. do podpisania pełnomocnictwa konsorcjalnego w imieniu ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k., to do oferty Odwołującego, nie ma zastosowania art. 104 zdanie pierwsze k.c. Jak stwierdził bowiem Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 stycznia 2014 r. sygn. akt II CSK190/13: „Za jednostronną czynność prawną i tym samym przedmiot regulacji przewidzianej w art. 104 zdanie pierwsze k.c. nie może być uznana oferta, ani jej przyjęcie; są to tylko składniki czynności prawnej, jaką jest dopiero umowa, do której, w razie gdy składające się na nią oświadczenie jest złożone przez osobę nie mającą umocowania lub przekraczającą jego granice, ma zastosowanie art. 103 k.c.”

Ponadto, przepis art. 104 k.c. nie dotyczy sytuacji nienależytego udokumentowania pełnomocnictwa, jak w rozpatrywanym przypadku.

Reasumując, w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, o których mowa w przepisach art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż p. Z. S. w dniu podpisania pełnomocnictwa konsorcjalnego, tj. 21.08.2015 r. faktycznie był umocowany do samodzielnego reprezentowania ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. [komplementariusza], a tym samym był umocowany do podpisania pełnomocnictwa konsorcjalnego w imieniu Członka Konsorcjum: ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k. W konsekwencji oferta złożona przez Odwołującego została podpisana przez p. D. K. - Prezesa Zarządu firmy ELBUD-HURT sp. z o.o. posiadającego prawidłowe umocowanie wszystkich konsorcjantów.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający błędnie powołał się, w przypadku odrzucenia oferty Odwołującego, na przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust 2 Pzp, gdyż celem ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest wyłącznie ustalenie i ułatwienie zamawiającym przekazywania i otrzymywania oświadczeń i zawiadomień w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 23 ust. 2 Pzp nie przewiduje sankcji w przypadku niewypełnienia tego obowiązku, a już w szczególności w postaci wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub odrzucenia ich oferty, np. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 17 marca 2011 r. sygn. akt KIO 462/11).

Wykonawca Tele-Fonika Kable S.A., z siedzibą w Krakowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Na rozprawie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że wezwanie z dnia 9 września 2015 r. w pkt 1 zawiera błąd, polegający na braku dodania w nazwie firmy Elektro Invest Hurt Sp. z o. o. określenia Spółka Komandytowa. W ocenie zamawiającego, powyższe jednak nie mogło wprowadzić w błąd wykonawcy, ponieważ wykonawca powinien wiedzieć jakie dokumenty należy załączyć do oferty, a dokumentu z rejestru KRS Spółki Elektro – Invest Hurt Spółka z o. o. nie załączył. Zdaniem zamawiającego, nie ma obowiązku wyszczególnienia takich dokumentów w SIWZ, ponieważ obowiązek wykonawcy w zakresie wykazania prawidłowego umocowania osób działających w jego imieniu wynika z przepisów ogólnych.

W ramach ponownej oceny ofert Zamawiający uznał, że pierwotnie błędnie zaakceptował uzupełniony przez Odwołującego dokument na wezwanie z 9 września 2015 r. - błąd Zamawiającego polegał na tym, że samodzielnie sprawdził w rejestrze KRS osoby

umocowane do reprezentowania Spółki Elektro – Invest Hurt Sp. z o. o. i na tej podstawie stwierdził, że p. Z. S. jest umocowany do reprezentowania komplementariusza członka Konsorcjum, tj. Spółki Elektro Invest Hurt Sp. z o.o. Spółka Komandytowa. Skoro postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w formie pisemnej, to obowiązkiem wykonawcy było złożenie wszystkich koniecznych dokumentów. Zamawiający nie mógł zatem się oprzeć na własnych ustaleniach. Zamawiający przyjął również, że wezwanie wykonawcy do uzupełniania pełnomocnictwa czy też innych dokumentów potwierdzających umocowanie osób działających w imieniu wykonawcy jest możliwe tylko jeden raz, a wobec tego nie wzywał ponownie do uzupełnienia dokumentów. W wezwaniu Zamawiający nie wymagał konkretnego dokumentu, a jedynie wykazania, że p. Z. S. był uprawniony do działania w imieniu Spółki będącej komplementariuszem Spółki Elektro Invest Hurt Sp. z o.o. Sp. k.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący spełnia przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, wymagane do wniesienia odwołania.

Wykonawca Tele-Fonika Kable S.A. przystąpił do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i ust. 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z pkt X ust. 14.1 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie złożyli dokument „potwierdzający spełnienie wymogu, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy tj. ustanowienie przez nich pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia – podpisany przez osoby uprawnione do reprezentowania tych podmiotów(...)”.

Konsorcjum Odwołującego złożyło ofertę w zakresie części nr 2 zamówienia w dniu 24 sierpnia 2015 r. Oferta została podpisana przez p. D. K. . Wraz z ofertą złożono

wymagane w SIWZ pełnomocnictwo (str. 10 oferty), datowane na dzień 21 sierpnia 2015 r., które zostało udzielone przez członków konsorcjum dla p. D. K. - do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (m.in. do złożenia i podpisania oferty, zawarcia umowy). Powyższe pełnomocnictwo zostało podpisane w imieniu członków konsorcjum przez:

- p. K. K. - Prezesa Zarządu Fabryki Przewodów Energetycznych S.A.,
- p. D. K. - Prezesa Zarządu ELBUD Hurt sp. z o.o.,
- p. Z. S. - Prezesa Zarządu ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k.

W celu wykazania umocowania p. Z. S., który podpisał ww. pełnomocnictwo w imieniu ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k. Odwołujący załączył do oferty informację z KRS nr 0000405407 wg. stanu na dzień 19 sierpnia 2015 r. dla tej Spółki, z której wynika, że uprawnionym do reprezentowania Spółki jest komplementariusz występujący samodzielnie, tj.: ELEKTRO-INVEST Hurt sp. z o.o. Z treści ww. informacji z KRS nie wynika, że p. Z. S. jest uprawniony do samodzielnej reprezentacji ww. Spółki, a w konsekwencji - Spółki komandytowej.

Zamawiający, pismem z dnia 9 września 2015 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego „uprawnienie p. Z. S. do reprezentowania ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k.” Zamawiający wyjaśnił w wezwaniu, że „Takiego dokumentu nie załączono do oferty. Wskazane uprawnienie nie wynika z załączonego odpisu z KRS ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o.”

Odwołujący pismem z dnia 11 września 2015 r. złożył do Zamawiającego odpowiedź na powyższe wezwanie, załączając Umowę Spółki Komandytowej - ELEKTRO-INVEST Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w formie aktu notarialnego z dnia 28 listopada 2011 r. (Repertorium A Numer 6704/2011), w którym wskazano p. Z. S. (Prezesa) oraz p. A. O. (Wiceprezesa Zarządu) jako osoby reprezentujące ELEKTRO-INVEST Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, którzy są „upoważnieni do reprezentacji Spółki, zgodnie z przedłożonym odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 25 listopada 2011 r.” W § 11 ww. Umowy w zakresie reprezentacji wskazano, że „Uprawnionym do reprezentowania spółki jest: a) Komplementariusz działający samodzielnie, b) Prokurent działający samodzielnie (prokura samoistna), c) Prokurent działający wraz z innym Prokurentem (prokura łączna)”.

W dokumentacji postępowania znajduje się informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców pobrana na podstawie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186, z późn. zm.) Numer KRS: 0000375692 z dnia 14 września 2015 r. Spółki ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o., potwierdzająca, że na dzień 14 września 2015 r. p. Z. S. pełnił w tej Spółce funkcję Prezesa Zarządu uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji Spółki.

W ramach pierwotnej oceny ofert - w dniu 17 września 2015 r. - Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Jednakże, po wniesieniu odwołania na tę czynność przez wykonawcę Tele-Fonika Kable S.A., uwzględniając zarzut podniesiony w odwołaniu, Zamawiający zmienił decyzję co do oceny oferty Odwołującego i odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, jako nieważną w rozumieniu art. 104 k.c. oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 2 Pzp.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez wezwanie Odwołującego pismem z dnia 9 września 2015 r. do uzupełnienia „dokumentu potwierdzającego uprawnienie p. Z. S. do reprezentowania ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k.” w sposób nieprecyzyjny, niejasny, a także wprowadzający w błąd Odwołującego, należało uznać za spóźniony.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, wykonawcy przysługuje odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Termin 10 – dniowy do wniesienia odwołania na czynność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu należy liczyć od dnia przesłania wykonawcy tego wezwania, a zatem w niniejszej sprawie termin ten zaczął bieg od dnia 10 września 2015 r. i upłynął w dniu 19 września 2015 r. Kwestionowanie przez Odwołującego treści wezwania na obecnym etapie jest zatem niedopuszczalne.

Zamawiający nie naruszył także przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum Odwołującego.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Dokument pełnomocnictwa z dnia 21 sierpnia 2015 r., załączony przez Odwołującego do oferty, nie zawiera widocznych błędów, co mogłoby skutkować koniecznością jego uzupełnienia, zatem Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 Pzp. Wezwanie z dnia 9 września 2015 r. zostało prawidłowo skierowane do wykonawcy w zakresie dotyczącym

wynikającym z treści pełnomocnictwa, tj. niewykazania przez Odwołującego, że p. Z. S. jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o., która jest komplementariuszem spółki ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp. k., uprawnionym do jej reprezentacji. Stosowny dokument nie został przez Odwołującego złożony w ofercie.

Na marginesie tylko Izba zauważa, że trudno uznać, że Odwołujący, jako profesjonalista działający rynku zamówień publicznych, mógł zostać wprowadzony w błąd przez Zamawiającego w wyniku omyłki w treści wezwania w nazwie podmiotu ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k. polegającej na pominięciu określenia „Sp.k.”. Treść wezwania jest jasna i nie budzi wątpliwości, biorąc w szczególności pod uwagę fakt, że Odwołujący był świadomy braku złożenia wraz z ofertą informacji z KRS dla spółki ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o., będącej komplementariuszem w spółce ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k., uprawnionym do reprezentacji tej Spółki komandytowej, z której to informacji wynikałoby, że p. Z. S. Prezes Zarządu był uprawniony do reprezentacji ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o., a w konsekwencji spółki ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k., tj. członka konsorcjum Odwołującego na dzień podpisania pełnomocnictwa udzielonego p. D. K. do reprezentowania konsorcjum, w tym do złożenia (podpisania) oferty w imieniu wszystkich członków konsorcjum. Jak już wskazano wyżej, wymagany dokument, potwierdzający stosowne uprawnienie p. Z. S., występującego jako Prezes Zarządu Spółki, o którym mowa powyżej, nie został złożony przez Odwołującego w ofercie ani nie został uzupełniony na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wymagane umocowanie p. Z. S..

Wobec braku wykazania przez Odwołującego, że p. Z. S. był uprawniony do podpisania pełnomocnictwa, udzielonego p. D. K. do reprezentowania konsorcjum, w imieniu ELEKTRO-INVEST Hurt Sp. z o.o. Sp.k., należało stwierdzić, że Odwołujący w konsekwencji nie wykazał także, że oferta Odwołującego została podpisana przez osobę prawidłowo do tego umocowaną, tj. p. D. K. . Tym samym wystąpiły okoliczności do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, w tym przypadku - art. 104 k.c. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp ma zastosowanie w przypadku wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę, w kontekście braku umocowania lub przekroczenia jego zakresu przez osobę, która podpisała ofertę do dokonania tej czynności.

Podnoszony przez Odwołującego fakt, że czynność złożenia oferty była objęta prawidłowo udzielonym pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 21.08.2015 r. nie został przez Odwołującego wykazany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, w którym jedną z naczelnych zasad jest zasada pisemności (art. 9 ust. 1 Pzp). Zatem nie powinno budzić wątpliwości Odwołującego, że brak

wykazania stosownych okoliczności w postępowaniu za pomocą dokumentów należy interpretować jako tożsamy z niepotwierdzeniem tych okoliczności. Sam Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że „udzielenie pełnomocnictwa nie jest równoznaczne z jego pisemnym udokumentowaniem”. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – brak udokumentowania faktu udzielenia pełnomocnictwa stanowi o niewykazaniu tego faktu. Zasady obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczą w równym stopniu wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a zatem Zamawiający nie może czynić wyjątków w odniesieniu do niektórych wykonawców, co niewątpliwie skutkowałoby poważnym naruszeniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też, za słuszne należy uznać stanowisko Zamawiającego, iż nie był on uprawniony do działania za wykonawcę w celu samodzielnego poszukiwania informacji odnośnie uprawnienia p. Z. S. do reprezentowania członka konsorcjum Odwołującego.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 23 ust. 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z ustawą.

Przepis art. 23 ust. 2 Pzp nakłada na wykonawców obowiązek ustanowienia pełnomocnika. Działanie niezgodne z tym przepisem, tj. brak skutecznego ustanowienia pełnomocnika przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie stanowi naruszenie tego przepisu, co z kolei stanowi przesłankę do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący w trybie przewidzianym w ustawie Pzp i SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie wykazał skutecznego ustanowienia pełnomocnika dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 21 sierpnia 2015 r.

W przedmiotowym postępowaniu Izba nie stwierdziła także naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, zważywszy, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp w ramach dokonanej oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty wykonawcy Tele Fonika Kable S.A.S. jako najkorzystniejszej w części nr 2 zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: