

Sygn. akt KIO 1408/19

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 sierpnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 r. przez wykonawcę **S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Narodowego Funduszu Zdrowia Centrali w Warszawie na rzecz wykonawcy S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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

Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup subskrypcji producenta oprogramowania VMware*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 072-170551.

W dniu 22 lipca 2019 r. wykonawca S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 3a PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia IT Solution Factor z siedzibą w Warszawie, dalej „IT Solution Factor”, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazał braku podstaw wykluczenia ze względu na (1) brak uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu podpisanych oraz poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osobę posiadającą umocowanie do działania w imieniu IT Solution Factor w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 PZP; (2) brak uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu podpisanych oraz poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osobę posiadającą umocowanie do działania w imieniu IT Solution Factor w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 PZP w terminie wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów, w tym poprzez przedłożenie w wyznaczonym terminie dokumentu potwierdzającego umocowanie takiej osoby;
2. art. 24 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie i nieuznanie oferty IT Solution Factor za złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;
3. art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 3a PZP oraz art. 24 ust. 4 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na zaniechanie wykluczenia IT Solution Factor, pomimo tego, że występują przesłanki do jego wykluczenia i uznania oferty za odrzuconą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty IT Solution Factor; dokonania ponownego badania i oceny ofert; wykluczenia IT Solution Factor; wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że uzupełnione przez wykonawcę IT Solution Factor pełnomocnictwo z dnia 5 lipca 2019 r. jest wadliwe, ponieważ nie wynika z niego umocowania dla Pana D. P. do podpisania dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego (w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) w dniu 2 lipca 2019 r. Podkreślał, że zgodnie z art. 104 Kodeksu cywilnego, dalej „kc”, jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna (nieważność ta może być sanowana, tylko jeżeli ten komu złożono oświadczenie woli zgodził się na działanie bez umocowania). Oznacza to, iż nie jest możliwe potwierdzenie umocowania do złożenia wyjaśnień oraz wykazu wykonanych zamówień wraz z potwierdzeniem ich należytego wykonania zgodnie z art. 103 § 1 kc. Ponadto, za „uzupełnienie” w rozumieniu art. 26 ust. 3a ustawy Pzp nie można uznać złożenia pełnomocnictwa, które zostało sporządzone (a więc udzielone) po dacie sporządzenia podpisywanych dokumentów. Nie jest możliwe umocowanie „wstecz” do czynności, która już została dokonana. Nie jest też możliwe pisemne potwierdzenie istniejącego wcześniej pełnomocnictwa udzielonego w innej formie (np. ustnego) z uwagi na art. 99 § 1 kc. Odwołujący wskazywał, że nawet gdyby było możliwe potwierdzenie umocowania do jednostronnych czynności wykonanych wcześniej, to z treści pełnomocnictwa z dnia 5 lipca 2019 r. nie wynika takie potwierdzenie.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie żaden wykonawca nie przystąpił.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty oraz oświadczeń i dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego przez IT Solution Factor, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 2 sierpnia 2019 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania jest zakup subskrypcji producenta oprogramowania VMware. Zgodnie z rozdziałem VII pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, na wezwanie Zamawiającego wykonawca, którego, oferta zostanie najwyżej oceniona zobowiązany będzie do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów wymienionych w rozdziale VII pkt 3 SIWZ dotyczących braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W postępowaniu złożono dwie oferty. Odwołujący za realizację zamówienia zaproponował cenę 1 202 969,52 zł. IT Solution Factor zaproponował cenę 1 100 850,00 zł. W pozostałych kryteriach oceny ofert ww. wykonawcy zaoferowali tożsame parametry.

Zamawiający wezwał wykonawcę IT Solution Factor na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia stosownych dokumentów. Wykonawca złożył w dniu 17 czerwca 2019 r. m.in. wykaz wykonanych usług mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 1 lipca 2019 r. Zamawiający wezwał IT Solution Factor na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w wykazie usług. Zamawiający wyznaczył termin na 2 lipca 2019 r. W odpowiedzi na ww. wezwanie Pan D. P. złożył pismo z dnia 2 lipca 2019 r. wraz z wykazem wykonanych zamówień, tj. zamówienia na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii oraz zamówienia zrealizowanego na rzecz Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa. Wraz z wykazem Pan D. P. złożył poświadczenie opatrzone podpisem elektronicznym przez Pana dr hab. inż. W. I. i przez Pana D. P. oraz opatrzone w dniu 2 lipca 2019 r. przez Pana D. P. podpisem elektronicznym Protokoły Zdawczo-Odbiorcze.

Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2019 r. wezwał IT Solution Factor na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do złożenia pełnomocnictwa dla Pana D. P. .

Wykonawca IT Soltion Factor uzupełnił pełnomocnictwo dla Pana D. P., wystawione przez Pana K. K. w dniu 5 lipca 2019 r.

Dnia 11 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy IT Solution Factor jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia IT Solution Factor, Odwołujący argumentował, iż Pan D. P. posiadał pełnomocnictwo w formie zgodnej z ustawą Pzp dopiero od 5 lipca 2019 r., zatem wszystkie jego wcześniejsze czynności były nieważne. Izba podzieliła stanowiska Odwołującego w powyższym zakresie. Po pierwsze wskazać należy, że IT Solution Factor wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie przedłożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w wykazie usług. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca przedłożył wykaz wykonanych usług przedstawiając zamówienie zrealizowane na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii oraz zamówienia zrealizowane na rzecz Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa wraz z referencjami. Zarówno poświadczenie wydane przez Głównego Geodetę Kraju, jak i protokół zdawczo odbiorczy zostały opatrzone podpisem elektronicznym przez Pana D. P. w dniu 2 lipca 2019 r.

Zamawiający w toku badania i oceny oferty wezwał IT Solution Factor, na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, do złożenia pełnomocnictwa dla Pana D. P., podnosząc, że dokumenty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 podpisał Pan D. P., jednak z KRS nie wynika umocowanie do reprezentowania IT Solution Factor. Wykonawca IT Soltion Factor uzupełnił pełnomocnictwo dla Pana D. P. wystawione przez Pana K. K. w dniu 5 lipca 2019 r. Pełnomocnictwo zostało opatrzone podpisem elektronicznym z dnia 5 lipca 2019 r. Z treści pełnomocnictwa wynika, że zostało udzielone do złożenia i podpisania w imieniu spółki oferty dla Zamawiającego w postępowaniu na zakup subskrypcji producenta oprogramowania Vmware; obejmuje również umocowanie do złożenia i podpisania w imieniu spółki innych dokumentów niezbędnych do poprawnego złożenia oferty; pełnomocnik jest umocowany do załatwiania wszelkich czynności niewymienionych szczegółowo, które okażą się konieczne i z zakresem pełnomocnictwa związane według własnego uznania i bez ograniczeń, oraz że pełnomocnictwo to należy rozumieć szeroko, bez żadnych ograniczeń, w celu wykonania czynności faktycznych i prawnych, prowadzących do skutecznej ich realizacji.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego twierdził, że pełnomocnictwo z dnia 5 lipca 2019 r. jest prawidłowe. Zamawiający wyraźnie argumentował, że zważywszy na zakres uprawnień wskazanych w dokumencie, pełnomocnik jest uprawniony do dokonania wszelkich

czynności, niezależnie czy zostały dokonane wcześniej, czy później. Podkreślał również, że zgoda zamawiającego zastępuje przepis ustawy Pzp dotyczący uzupełniania pełnomocnictw.

W ocenie Izby pełnomocnictwo z dnia 5 lipca 2019 r. nie potwierdzało, iż w dacie uzupełnienia dokumentów Pan D. P. posiadał stosowne umocowanie. Pełnomocnictwo uzupełnione przez wykonawcę opatrzone było datą 5 lipca 2019 r. Zostało zatem niewątpliwie wystawione po upływie terminu na złożenie odpowiednich dokumentów. Niezależnie od powyższego, z dokumentu tego nie wynikało również żadną miarą, że stan umocowania pełnomocnika do złożenia dokumentów istniał już w dacie 2 lipca 2019 r. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że skoro został określony szczegółowo zakres pełnomocnictwa, w tym do złożenia oferty oraz innych dokumentów, to tak przedłożone pełnomocnictwo stanowi potwierdzenie czynności wykonywanej wcześniej.

W ocenie Izby nie jest możliwe pisemne potwierdzenie istniejącego wcześniej pełnomocnictwa udzielonego w innej formie, bowiem zgodnie z art. 99 § 1 kc pełnomocnictwo do złożenia oferty w formie szczególnej, musi dla swojej ważności mieć tę samą formę. Oznacza to, że nie jest możliwe uzupełnienie pełnomocnictwa sporządzonego w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym już po dokonaniu czynności prawnej.

Złożenia pełnomocnictwa z dnia 5 lipca 2019 r. nie można było również postrzegać jako „potwierdzenia ważności umowy” zawartej przez nieprawidłowo umocowanego pełnomocnika w trybie art. 103 kc. Zgodnie z art. 103 § 1 kc, *jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta*. Izba stwierdziła, że złożenie dokumentów stanowiących uzupełnienie oferty (np. wyjaśnienia, wykaz) w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jednostronną czynnością prawną. Zastosowanie mógłby mieć zatem co najwyżej przepis art. 104 kc. Stosownie do tego przepisu, *jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania*. Tymczasem zamawiający, któremu złożono pełnomocnictwo z dnia 5 lipca 2019 r. nie mógł zgodzić się na działanie Pana D. P. bez umocowania. Po pierwsze, w rozdziale XIII pkt 3 SIWZ zamawiający nałożył obowiązek, z którego wynika, że *Ofertę muszą podpisać osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy – zgodnie z zasadami reprezentacji wskazanymi we właściwym rejestrze lub osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy na podstawie pełnomocnictwa. Ofertę podpisać może pełnomocnik Wykonawcy, jeżeli do oferty zostanie załączone pełnomocnictwo do podejmowania określonych czynności, wynikających z ustawy, w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, w których bierze udział*

Wykonawca, albo szczególne dotyczące niniejszego postępowania. Po drugie, Zamawiający wzywał IT Solution Factor pismem z dnia 4 lipca 2019 r. do uzupełnienia braków w zakresie umocowanie. Po trzecie, jak wskazuje się w doktrynie, do złożenia oferty i innych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niezbędne jest posiadanie stosownego umocowania w dacie dokonania czynności prawnej.

Należy również podkreślić, że na gruncie ustawy Pzp, należy podchodzić z dużą dozą ostrożności do instytucji z art. 103 i 104 Kodeksu cywilnego. Zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest konieczność złożenia oferty w jednakowym dla wszystkich wykonawców terminie, którym jest data upływu terminu składania ofert, a następnie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Instytucja uzupełnienia niektórych braków z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest wyjątkiem od omawianej zasady. Przepis ten, jak każdy wyjątek, należy zatem interpretować ściśle. W orzecznictwie Izby dopuszczono wprawdzie możliwość złożenia dokumentów z datą późniejszą, jednakże musi to dotyczyć takiej sytuacji, w której z ich treści można w sposób jasny, wyraźny i niebudzący wątpliwości ustalić, że stan umocowania pełnomocnika nastąpił nie później niż w dniu przedłożenia dokumentów.

W ocenie Izby, z pełnomocnictwa z dnia 5 lipca 2019 r. nie wynika umocowania dla Pana D. P. do podpisania dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego w dniu 2 lipca 2019 r. IT Solution Factor nie wykazał, iż dysponował odpowiednim pełnomocnictwem dla Pana D. P. w chwili składania przez niego dokumentów w postępowaniu. Wykonawca nie może zostać po raz kolejny wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa ani dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z postępowania.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji Odwołującego jakoby wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa w niniejszym stanie faktycznym było bezpodstawne, a przedłożone pełnomocnictwo złożone po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na uzupełnienie dokumentów. Zamawiający rzeczywiście wadliwie ocenił uzupełnione pełnomocnictwo dla Pana D. P., z uwagi na brak umocowania do działania w imieniu wykonawcy w terminie uzupełnienia dokumentów. Nie sposób jednak twierdzić, że ww. pełnomocnictwo winno zostać pominięte, tylko ze względu na fakt nieprzedłożenia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na uzupełnienie dokumentów.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: