

WYROK
z dnia 9 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Amlux sp. z o.o., ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa oraz Amlux Work Group sp. z o.o., ul. Grójecka 11, 02-094 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław,**

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel System sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Impel Facility Services sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Epa Green sp. z o.o., ul. Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław,**
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **DGP Clean Partner sp. z o.o., ul. Zygmunta Słomińskiego 15/52, 00-195 Warszawa, SEBAN sp. z o.o., ul. Jesionowej 9A, 40-159 Katowice, 7 MG sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica, Partner Medica sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica oraz DGP PROVIDER sp. z o.o., ul. Środkowa 20, 59-220 Legnica,**
- 3) wykonawcy **S&A Service sp. z o.o., ul. Głubczycka 8, 52-026 Wrocław,**
- 4) wykonawcy **Herkules A. J. , ul. Akacyjowa 55M, 55-093 Kielczów,**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Amlux sp. z o.o., ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa oraz Amlux Work Group sp. z o.o., ul. Grójecka 11, 02-094 Warszawa, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Amlux sp. z o.o., ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa oraz Amlux Work Group sp. z o.o., ul. Grójecka 11, 02-094 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **Amlux sp. z o.o., ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa oraz Amlux Work Group sp. z o.o., ul. Grójecka 11, 02-094 Warszawa**, na rzecz zamawiającego: **2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych budynków w jednostkach i instytucjach administrowanych przez 2 WOG, numer referencyjny: INFR/585/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.09.2020 r., nr 2020/S 180-434840.

Pismem z dnia 08.01.2021 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Amlux sp. z o.o., ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa oraz Amlux Work Group sp. z o.o., ul. Grójecka 11, 02-094 Warszawa (dalej: „odwołujący”) w części nr 1, 3 i 6 postępowania i zatrzymaniu wadium w tych częściach.

W dniu 13.01.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 104 kc, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w konsekwencji uznania złożonego przez niego pełnomocnictwa za nieprawidłowe, w sytuacji kiedy złożony przez niego w postępowaniu dokument jest prawidłowy w rozumieniu obowiązującego porządku prawnego, a czynności pełnomocnika p. Z. J. wykonane zostały prawidłowo oraz w granicach ważnego i skutecznego umocowania,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez mylne uznanie, iż odwołujący złożył swoją ofertę w sposób, który obliguje zamawiającego do jej odrzucenie z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”),
- 3) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności zatrzymania wadium odwołującego, mimo iż nie zaistniały przesłanki umożliwiające zamawiającemu dokonanie takiej czynności, tj. zatrzymanie wadium w sytuacji, w której odwołujący w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie złożył dokument pełnomocnictwa dla Pana Z. J., co potwierdził sam zamawiający

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Odwołujący w dniu 20 listopada 2020 r. otrzymał od Zamawiającego wezwanie do złożenia pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjantów udzielonego dla Pana Z. (...). Wezwanie Zamawiający sformułował w oparciu o przepis art. 26 ust 3a PZP. (...)”

Odwołujący przyznaje w tym miejscu słuszność stwierdzenia podniesionego w w/w wezwaniu, co do formy pierwotnie złożonego pełnomocnictwa, które to zamiast przez wszystkich konsorcjantów udzielone zostało przez jedynie jego lidera.

Wskazać należy w tym miejscu, iż Zamawiający w treści wezwania w sposób co najmniej nieprawidłowy poinformował Odwołującego że „za prawidłowo uzupełnione pełnomocnictwo należy uznać takie, które zostało wystawione przed dniem dokonania czynności przez pełnomocnika, a więc w przypadku złożenia oferty - przed datą jej podpisania i złożenia”.

Powyższa, znajdująca się w oficjalnej korespondencji Zamawiającego treść/informacja nie jest prawdą. Możliwe jest złożenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnomocnictwa z datą późniejszą, jeśli z treści pełnomocnictwa wynika, iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania. Sam Zamawiający przypomina sobie o tym dopiero w korespondencji z dnia 8 stycznia 2021 r. w której informuje Odwołującego o czynnościach zaskarżonych niniejszym odwołaniem.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na złożenie pełnomocnictwa, tj. do dnia 27.11.2020 r. Odwołujący złożył taki dokument wystawiony przez Konsorcjum Odwołującego, w oryginale, z podpisem kwalifikowanym osób do tego upoważnionych. (...)

Okoliczność złożenia pełnomocnictwa została przez Zamawiającego potwierdzona w treści pisma z dnia 8 stycznia 2020 r., którym to pismem poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na zadania 1, 3 i 6 oraz o zatrzymaniu jego wadium. (...)

Odwołujący z uwagi na ochronę swoich interesów złożył Zamawiającemu pismo w treści którego przedstawił dodatkowo argumentację dla poparcia swojego stanowiska w zakresie prawidłowości złożonego pełnomocnictwa. Konieczność taką Odwołujący dostrzegł w następstwie odrzucenia jego ofert na zadania 4, 5 i 7, która to czynność dokonana została przez Zamawiającego w dniu 18 grudnia 2020 r. (...)

Zamawiający w treści swojej decyzji o odrzuceniu ofert na zadania 4, 5 i 7 powołał tą samą argumentację, jaką stosuje obecnie wobec ofert na części 1, 3 i 6. Odwołujący nie korzystał z środków ochrony prawnej wobec odrzucenia jego ofert na części 4, 5 i 7 z uwagi iż ceny przez niego zaoferowane nie pozwalały na uzyskania zamówienia w tych częściach.

Odwołujący kwestionuje w całej rozciągłości czynności oraz poprzedzające je ustalenia Zamawiającego w zakresie części 1, 3 i 6 przedstawiając poniższą szczegółowo opisaną argumentację. (...)

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego oraz przedstawioną przez niego argumentacją pełnomocnictwo złożone mu przez Odwołującego w trybie art. 26 ust 3a PZP jest dokumentem wadliwym. Zdaniem Zamawiającego z treści tego dokumentu nie wynikało od kiedy p. Z. (...) upoważniony jest do reprezentacji Konsorcjum Odwołującego, a termin ten utożsamia z datą złożenia podpisu elektronicznego Prezesa Zarządu Odwołującego.

Zamawiający weryfikując podpis elektroniczny znajdujący się na pełnomocnictwie stwierdził, iż data jego złożenia nie jest datą wyznaczoną w postępowaniu dla składania ofert (podpis z dnia 17.11.2020 r). Zgodnie z oceną dokumentu pełnomocnictwa nie jest ono w przekonaniu Zamawiającego potwierdzającym umocowanie p. Z. (...) do złożenia oferty oraz podpisania JEDZ.

W pierwszej kolejności Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na kształt/treść pełnomocnictwa, które złożone zostało Zamawiającemu w trybie odpowiedzi na wezwanie o którym art. 26 ust 3a PZP.

Zgodnie z zasadą, iż złożone pełnomocnictwo powinno potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania Odwołujący wskazuje na następujące okoliczności:

- a) Pełnomocnictwo zostało opatrzone datą 13.11.2020, tj. datą w której dokonana została przez p. Z. (...) czynność polegająca na złożeniu w postępowaniu oferty;
- b) W treści pełnomocnictwa szczegółowo określono postępowanie, w którym to czynności były/mają być podejmowane - „zamówienia publicznego; prowadzonego przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław; na „USŁUGĘ SPRZĄTANIA POWIERZCHNI WEWNĘTRZNYCH BUDYNKÓW W JEDNOSTKACH I INSTYTUCJACH ADMINISTROWANYCH PRZEZ 2. WOG”, zwaną dalej „Postępowaniem”.
- c) W treści pełnomocnictwa określono szczegółowo jego zakres - „pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum w Postępowaniu, składania i podpisywania w imieniu każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia jak i Konsorcjum wszelkich dokumentów, wniosków, wyjaśnień, oświadczeń, ofert, odwołań, przystąpienia do postępowania odwoławczego uczestnictwa w negocjacjach, potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem na każdym etapie Postępowania, a także do prowadzenia negocjacji handlowych”,
- d) Pełnomocnictwo wskazuje ponadto wyraźnie na umocowanie Lidera Konsorcjum do reprezentowania wchodzących w jego skład wykonawców w całym postępowaniu - zgodnie z jego treścią został on pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ustawy PZP.

Powyższe obrazuje w sposób dobitny i jednoznaczny upoważnienie dla p. Zamawiającego (...) do składania i podpisywania w postępowaniu ofert, dokumentów i oświadczeń w imieniu całego Konsorcjum.

Data umieszczona w górnym rogu dokumentu nie jest jedynym elementem odnoszącym się do sfery potwierdzenia umocowania p. Z. (...) do określonych czynności w dacie dla tego określonej. Samo określenie postępowania przez podanie jego nazwy oraz prowadzącego go Zamawiającego wymusza ze względów logicznych odniesienie się do ram czasowych opisanych dokumentacją tego postępowania, w szczególności daty końcowej

przewidzianej dla czynności składania ofert.

Nie sposób zatem uznać, że dokument pełnomocnictwa nie potwierdza upoważnienia dla p. Z. (...) do dokonania czynności w dacie dla tego właściwej i przez samego Zamawiającego w treści dokumentacji postępowania określonej.

Wskazania w tym miejscu wymaga jakże istotna zasada wynikająca z brzmienia art. 65 par. 1 k.c. Przepis ten stanowi, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Bezdyskusyjnie wolą Odwołującego było upoważnienie p. Zamawiający (...) do czynności koniecznych dla prawidłowego złożenia w postępowaniu oferty oraz dokumentów temu towarzyszących.

Nie można również podzielić stanowiska Zamawiającego w zakresie zastosowania przez niego normy wynikającej z przepisów art. 89 ust 1 pkt 2 i 8 PZP w zw. z art. 104 kodeksu cywilnego. (...)

Wskazać należy, że pełnomocnictwo złożone przez Odwołującego nie tylko jest prawidłowe ale i stanowi potwierdzenie pełnomocnictwa udzielonego przez Konsorcjum dla jego Lidera - Amlux sp. z o.o. Oferta Odwołującego nie jest zatem jak wskazano w przywołanej powyżej normie „ofertą nieważną na podstawie odrębnych przepisów”.

Zgodzić się należy z poglądem o możliwości złożenia pełnomocnictwa z datą późniejszą, które w swej treści potwierdza istnienie umocowania do dokonania czynności na dzień jej dokonania. Odwołujący swoim działaniem taką właśnie okoliczność potwierdził formułując bardzo precyzyjnie brzmienie pełnomocnictwa. Konsorcjum Odwołującego nie tylko potwierdziło udzielenie pełnomocnictwa dla lidera Konsorcjum Amlux sp. z o.o w dacie przewidzianej dla składania ofert ale również umocowanie dla samego p. Z. (...).

Przyjąć można zatem że złożone pełnomocnictwo nie tylko wykazuje umocowanie p. Z. (...) w ujęciu argumentacji przedstawionej powyżej ale i stanowi potwierdzenie że pierwotnie wystawione pełnomocnictwo przez upoważnionego do tego na mocy pełnomocnictwa lidera konsorcjum - Amlux sp. z.o.o (pełnomocnictwo z dnia 12.10.2020 r) - dla p. Z. (...) też należy traktować jako ważne i potwierdzone.

Podniesienia wymaga również fakt, iż przepisy obowiązującego prawa w żadnej mierze nie precyzują tego w jaki sposób należy dokonywać „potwierdzenia istnienia umocowania”, zostawiając przy tym swobodę w takim działaniu dla wykonawców. Odwołujący wykazał się w tym aspekcie należyłą starannością i w sposób bardzo precyzyjny złożył swoje oświadczenia woli, co nie powinno być kwestionowane. (...)

Powyższe obrazuje, iż Zamawiający w sposób pośpieszny analizuje istotne dla postępowania kwestie i za podstawę swoich decyzji traktuje przepisy nie mające w danej sytuacji zastosowania. Konsorcjum pozostaje ponadto w przekonaniu że złożyło ofertę w sposób prawidłowy w kształcie który nie może być oceniany jako niezgodny z treścią

specyfikacji. (...)

Analizując powyższe, i przenosząc je na realia niniejszej sprawy wskazać należy, iż zatrzymanie wadium przez Zamawiającego było i jest całkowicie nielegalne. Działania Zamawiającego stanowią czyn powodujący po jego stronie nienależne przysporzenie. Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym mu dla tego terminie, co potwierdza sam Zamawiający. Dokument pełnomocnictwa został Zamawiającemu złożony w sposób prawidłowy i wiążący, co Odwołujący wykazał już niniejszym odwołaniem.

Odwołujący zwraca przy tym uwagę na literalne brzmienie przepisu, który mówi o tym że sankcje w nim określone można nałożyć na wykonawcę tylko w sytuacji w której nie złożył on oświadczeń lub dokumentów. Potwierdzonym przez samego Zamawiającego jest fakt złożenia mu pełnomocnictwa stosowanie do jego wezwania, co nie może być w żadnym stopniu negowane.

Zatrzymanie przez Zamawiającego Wadium jest zatem działaniem nielegalnym, nieprzemysłanym i nieusprawiedliwionym okolicznościami sprawy.”

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie części 1, 3 i 6,
- 2) unieważnienia czynności polegającej na zatrzymaniu wadium odwołującego,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 1, 3 i 6.

W dniach 15 i 18 stycznia 2021 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienia po stronie zamawiającego:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Impel System sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Impel Facility Services sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Epa Green sp. z o.o., ul. Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław,
- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: DGP Clean Partner sp. z o.o., ul. Zygmunta Słomińskiego 15/52, 00-195 Warszawa, SEBAN sp. z o.o., ul. Jesionowej 9A, 40-159 Katowice, 7 MG sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica, Partner Medica sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica oraz DGP PROVIDER sp. z o.o., ul. Środkowa 20, 59-220 Legnica,
- 3) wykonawca S&A Service sp. z o.o., ul. Głębczycka 8, 52-026 Wrocław,
- 4) wykonawca Herkules A. J. , ul. Akacyjowa 55M, 55-093 Kielczów.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 06.02.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 08.02.2021 r. przystępujący Herkules A. J. poparł stanowisko zamawiającego. Pismem z dnia 06.02.2021 r. przystępujący S&A Service sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając swoje stanowisko w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa sprzątania powierzchni wewnętrznych budynków w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2 WOG we Wrocławiu. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1, 3 i 6 postępowania o udzielenie zamówienia.

W rozdziale VI siwz, w pkt 5 i 6 zamawiający wskazał, że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcy są zobowiązani ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oferta musi zawierać pełnomocnictwo – w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (spółka cywilna, konsorcjum) - dokument ustanawiający pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W rozdziale XI siwz zamawiający wskazał, że oferta musi zawierać oświadczenia z rozdziału VI.1-6 siwz, a także że upoważnienie osób podpisujących ofertę do jej podpisania musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Jeżeli upoważnienie takie nie wynika wprost z dokumentu potwierdzającego status wykonawcy (odpis z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji działalności gospodarczej), do oferty należy dołączyć oryginał lub notarialnie potwierdzoną kopię pełnomocnictwa wystawionego przez osoby do tego upoważnione.

Odwołujący złożył ofertę wraz z pełnomocnictwem wystawionym przez tylko jednego członka konsorcjum, tj. Amlux sp. z o.o. dla pana Z. J. do złożenia i podpisania oferty oraz dokonywania innych czynności w postępowaniu.

Pismem z dnia 20.11.2020 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa.

W dniu 27.11.2020 r. odwołujący przedłożył nowe pełnomocnictwo.

Pismem z dnia 08.01.2021 r. zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty odwołującego w części nr 1, 3 i 6 postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 kc. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„Wykonawca: Konsorcjum Firm (Lider) Amlux Sp. z o.o., (...); Członek: Amlux Work Group Sp. z o.o., (...), złożył ofertę podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika — pana Z. (...). Pełnomocnictwo zostało podpisane przez p. Wiktora (...) — Wiceprezesa firmy Amlux Sp. z o.o. (...)

Z dokumentów załączonych do oferty nie wynikało, że partner konsorcjum - Amlux Work Group Sp. z o.o. udzielił pełnomocnictwa firmie Amlux Sp. z o.o. do reprezentowania go w przedmiotowym postępowaniu i udzielania dalszych pełnomocnictw.

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia ww. dokumentu (...) z terminem do dnia 27.11.2020 r. Wykonawca złożył przedmiotowy dokument w wyznaczonym terminie w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. M. (...) — Prezesa Zarządu. Z treści pełnomocnictwa nie wynikało od kiedy p. Z. (...) upoważniony jest do reprezentowania Konsorcjum, natomiast prawy górny róg przedmiotowego dokumentu został opatrzony datą 13.11.2020 r. We właściwościach dokumentu (zakładka—opis) widnieje data utworzenia dokumentu (pliku): 15.11.2020 r. 21:20:43. Podczas weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego programem proCertum SmartSign stwierdzono, że podpis na pełnomocnictwie został złożony w dniu 17.11.2020 r. Przedmiotowe pełnomocnictwo nie jest skanem istniejącego „papierowego” dokumentu opatrzonym odręcznym podpisem osoby umocowanej, a konwersją pliku Word do formatu PDF.

Powyższe pełnomocnictwo nie dowodzi formalnego umocowania p. Z. (...) do złożenia oferty i JEDZ. Czynność prawna dokonana przez osobę nieposiadającą stosownego umocowania jest nieważna (art. 104 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp). (...)

Prawidłowe pełnomocnictwo przedłożone na wezwanie zamawiającego winno potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania. Zatem możliwe jest przedłożenie pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności, a także z datą późniejszą, jeżeli z treści pełnomocnictwa wynika, iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania np. w chwili złożenia oferty (...).”

W tym samym piśmie zamawiający poinformował także o zatrzymaniu wadium odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019). Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 tejże ustawy, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 104 kodeksu cywilnego (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.), 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.

Zgodnie z art. 65 § 1 kc, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

W przedmiotowej sprawie termin składania ofert upływał w dniu 13.11.2020 r. Z uwagi na wadliwość pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą, odwołujący został wezwany, na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, do uzupełnienia pełnomocnictwa. Weryfikacja drugiego uzupełnionego pełnomocnictwa w programie proCertum SmartSign wykazała, że zostało ono utworzone w dniu 15.11.2020 r. i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 17.11.2020 r.

Z powyższego zestawienia dat i faktów wynika, że pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę nie istniało w dniu składania ofert, a zatem ww. osoba nie mogła być w tym dniu umocowana do podpisania oferty. W szczególności o prawidłowości umocowania nie mogą świadczyć okoliczności podnoszone przez odwołującego, takie jak: data 13.11.2020 r. w prawym górnym rogu pełnomocnictwa, czy wskazanie właściwego zamawiającego i nazwy postępowania. Okoliczności te bowiem nie mogą wykluczyć faktu, że w dniu składania ofert pełnomocnictwo nie istniało i p. Z. J. nie był umocowany do podpisania oferty.

W związku z powyższym nie jest też zasadna argumentacja odwołującego odnosząca

się do analizy pełnomocnictwa w świetle art. 65 kc. Przede wszystkim należy zauważyć, że przepis ten dotyczy kwestii tłumaczenia treści oświadczenia woli. Potwierdza to wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 16 listopada 2018 r., sygn. akt I CSK 668/17, w którym Sąd Najwyższy (niezależnie od rozpoznawania innej kwestii spornej) wskazał: „Dostrzec należało, że w świetle art. 65 § 1 KC dla prawidłowej wykładni oświadczeń woli, także jeżeli są one objęte dokumentem, znaczenie ma nie tylko wynik analizy językowej, lecz również kontekst sytuacyjny, w jakim składane są oświadczenia, w tym ustalenia prowadzące do wypracowania i ostatecznego sformułowania tekstu dokumentu”. Zatem w świetle art. 65 kc to treść oświadczenia woli podlega wykładni z uwzględnieniem okoliczności, w których oświadczenie to zostało złożone, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Tymczasem w niniejszej sprawie treść pełnomocnictwa nie budzi wątpliwości, zatem nie ma powodu do stosowania art. 65 kc w celu dokonywania jej wykładni.

Tym co przesądza o wadliwości umocowania p. Z. J. jest fakt, że nie był on umocowany do podpisania oferty, gdyż w dniu jej złożenia dokument pełnomocnictwa nie istniał. Dokument ten został utworzony w postaci elektronicznej dwa dni po upływie terminu składania ofert i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym cztery dni po upływie tego terminu. Jednocześnie odwołujący w żaden sposób nie potwierdził, że mimo powyższych okoliczności, p. Z. J. był umocowany do podpisania oferty w dniu składania ofert.

W tym miejscu należy odnieść się do dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie. Po pierwsze, należy podkreślić, że zamawiający działając w trybie art. 26 ust 3a ustawy Pzp, wyznaczył odwołującemu termin i w tym terminie odwołujący powinien był wykazać prawidłowość umocowania p. Z. J. do podpisania oferty. Wykazanie powyższego dopiero na rozprawie jest już działaniem spóźnionym i nie może zostać uwzględnione.

Po drugie, niezależnie od spóźnionego działania odwołującego w tym zakresie, należy stwierdzić, że ze złożonych na rozprawie dowodów nie wynika, aby p. Z. J. był umocowany do podpisania oferty w dniu składania ofert:

- 1) Przedłożona umowa o pracę nie zawiera postanowień potwierdzających umocowanie p. Z. J. do podpisania oferty składanej w niniejszym postępowaniu, ani w żadnych innych postępowaniach, jak też nie zawiera postanowień potwierdzających umocowanie do działania w jakimkolwiek zakresie w imieniu spółek wchodzących w skład grupy kapitałowej. W szczególności potwierdzeniem takim nie może być ani fakt zatrudnienia na stanowisku dyrektora wskazanej komórki organizacyjnej, ani przewidziany w umowie obowiązek składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. „Składanie” ofert stanowi bowiem czynność techniczną, która nie musi obejmować podpisania oferty. Ponadto nawet gdyby sformułowanie to miało obejmować także podpisanie oferty, to umowa nie zawiera żadnego postanowienia przewidującego

„składanie” ofert w imieniu także innych podmiotów niż tylko spółka zatrudniająca. Tym samym dowód ten nie potwierdza umocowania p. Z. J. do podpisania oferty w imieniu odwołującego konsorcjum w dniu składania ofert.

- 2) Umowa konsorcjum zawarta w dniu 10.11.2020 r. przewiduje w § 2 ust. 2 ustanowienie spółki Amlux pełnomocnikiem konsorcjum, natomiast nie przewiduje prawa udzielania przez ww. spółkę dalszych pełnomocnictw, w tym także dla p. Z. J. Tym samym treść tej umowy w dalszym ciągu nie potwierdza prawidłowości ani pierwszego pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą, ani drugiego pełnomocnictwa uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.
- 3) Oświadczenie prezesa obu spółek wchodzących w skład konsorcjum z dnia 04.02.2021 r. zawiera informacje o uprawnieniu p. Z. J. do składania ofert we wszelkich postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i odwołuje się do „upoważnienia” pozwalającego ww. osobie na samodzielne podpisywanie i składanie wszelkich dokumentów, w tym ofert, od dnia 01.08.2019 r. w imieniu konsorcjum. Nie wiadomo jednak, o jakie upoważnienie chodzi (nie dołączono jego treści) i z czego wynikają wskazane uprawnienia. Tym samym oświadczenie to (niezależnie od złożenia go dopiero na rozprawie, zamiast w terminie wyznaczonym przez zamawiającego) nie potwierdza umocowania p. Z. J. do podpisania oferty w imieniu odwołującego konsorcjum w dniu składania ofert.
- 4) Oświadczenie prezesa Amlux sp. z o.o. z dnia 04.02.2021 r. zawierające wykaz innych postępowań o udzielenie zamówienia, w których p. Z. J. składał oferty, po pierwsze, odnosi się tylko do postępowań, w których ww. osoba reprezentowała Amlux sp. z o.o., nie zaś całe konsorcjum, po drugie, nie zawiera informacji o sposobie umocowania p. Z. J. do składania ofert w innych postępowaniach, po trzecie, nawet gdyby okoliczności dotyczące pełnomocnictw, w oparciu o które działał p. Z. J. w innych postępowaniach były identyczne, jak w niniejszej sprawie, to dokonana przez innych zamawiających wadliwa ocena umocowania nie mogłaby uzasadniać powielania tych błędów przez zamawiającego w niniejszej sprawie. Tym samym złożony wykaz postępowań nie potwierdza, że p. Z. J. był umocowany do podpisania oferty w imieniu odwołującego konsorcjum w dniu składania ofert.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że w częściach nr 1, 3 i 6 postępowania, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 kc, tj. z powodu tego, że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Niezasadnie natomiast zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż postanowienia siwz nie odnoszą się do istoty sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie, niemniej jednak nie ma to znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. Z uwagi na powyższe, odwołanie w zakresie dotyczącym prawidłowości pełnomocnictwa,

zostało oddalone.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium przez zamawiającego, należy zauważyć, że zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Ww. przepis, o treści przytoczonej powyżej, został wprowadzony ustawą z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw i wszedł w życie w dniu 28.07.2016 r. Natomiast poprzednio obowiązująca jego treść została wprowadzona w życie w dniu 24.10.2008 r. ustawą z dnia 04.09.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych i innych ustaw. W wersji obowiązującej od dnia 28.07.2016 r., ustawodawca rozszerzył liczbę przypadków, w których wadium podlega zatrzymaniu.

Niezależnie od tego, która wersja ww. przepisu ma zastosowanie w danej sprawie, należy mieć na uwadze, że ustawodawca wprowadził ten przepis w celu przeciwdziałania znikom wykonawców, którzy mogli celowo nie uzupełniać określonych dokumentów na wezwanie zamawiającego, po to by umożliwić uzyskanie zamówienia przez wykonawcę będącego z nimi w porozumieniu i oferującego najwyższą cenę za wykonanie zamówienia. Powyższe potwierdza fragment druku sejmowego nr 471 (Sejm VI kadencji), w którym stwierdzono (odwołując się do częściowo nieaktualnej już numeracji artykułów):

„Istotna z punktu widzenia ochrony interesów zamawiającego jest propozycja zawarta w art. 46 ust. 4a. Wprowadza ona sankcję utraty wadium dla wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Obecna regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3. Mając to na uwadze, celowe jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3, z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przyczyni się to do zracjonalizowania wydatkowania środków publicznych”.

Mając zatem na uwadze genezę powstania ww. przepisu, należy dokonywać jego wykładni w świetle okoliczności towarzyszących nieuzupełnieniu przez wykonawcę określonych oświadczeń lub dokumentów lub niewyrażeniu przez niego zgody na poprawienie omyłki.

W niniejszej sprawie działania odwołującego, w tym przede wszystkim wniesienie odwołania, a także złożenie wyjaśnień pismem z dnia 23.12.2020 r. i dążenie do wykazania prawidłowości uzupełnionego pełnomocnictwa, nie pozwalają na stwierdzenie, aby w sprawie zachodziły okoliczności stojące u podstaw wprowadzenia ww. przepisu do ustawy. W szczególności nie zachodzą podstawy do uznania, że wadliwe umocowanie p. Z. J. było skutkiem celowego działania odwołującego będącego w porozumieniu z innym wykonawcą. Tym samym wykładnia celowościowa ww. przepisu prowadzi do wniosku, że zatrzymanie wadium odwołującemu na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nie było zasadne. Wobec powyższego zamawiający powinien zwrócić odwołującemu wadium w częściach, w których zatrzymał je z uwagi na wadliwie uzupełnione pełnomocnictwo.

Jednocześnie należy zauważyć, że niezależnie od zasadności ww. zarzutu, naruszenie przez zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nie ma wpływu na wynik postępowania. Tymczasem, zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Skoro niniejsze naruszenie nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, tj. na wybór ofert w częściach nr 1, 3 i 6 postępowania, odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....