

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2019 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bank Polskiej Spółdzielczości Spółka Akcyjna w Warszawie Oddział w Płocku, Bank Spółdzielczy w Małej Wsi w Płocku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Włocławek we Włocławku**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bank Polskiej Spółdzielczości Spółka Akcyjna w Warszawie Oddział w Płocku, Bank Spółdzielczy w Małej Wsi w Płocku** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bank Polskiej Spółdzielczości Spółka Akcyjna w Warszawie Oddział w Płocku, Bank Spółdzielczy w Małej Wsi w Płocku** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. oddala wniosek **Gminy Miasta Włocławek we Włocławku** o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we **Włocławku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Włocławek we Włocławku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego z przeznaczeniem na sfinansowanie planowanego deficytu budżetu Gminy Miasto Włocławek.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 26 lipca 2019 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Bank Polskiej Spółdzielczości Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie Oddział w Płocku oraz Bank Spółdzielczy w Małej Wsi (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności odrzucenia ich oferty.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołujących pomimo złożenia przez pełnomocnika Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. – H. K., stosownie do wezwania zamawiającego, pełnomocnictwa i potwierdzenia w ten sposób umocowania pełnomocnika do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub potwierdzenia czynności wykonanych przez pełnomocnika w tym postępowaniu.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności zamawiającego - odrzucenia oferty odwołujących – art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p.

Ponadto odwołujący wnieśli o:

- 1) dopuszczenie dowodu z dokumentu pełnomocnictwa H. K. z dnia 28 lutego 2019 r. na okoliczność umocowania H. K. przez Bank BPS S.A. do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego począwszy od dnia 28 lutego 2019 r.,
- 2) dopuszczenie dowodu z dokumentu oświadczenia Banku BPS S.A. z dnia 22.07.2019 r. o potwierdzeniu czynności pełnomocnika na okoliczność potwierdzenia przez Bank BPS S.A. ważności czynności podjętych przez H. K. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) dopuszczenie dowodu z zeznań świadka pracownika Banku BPS S.A. K. M. na okoliczność umocowania H. K. przez Bank BPS S.A. do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego począwszy od dnia 28 lutego 2019 r. oraz przyczyn i okoliczności związanych z udzieleniem H. K. pełnomocnictwa opatrzonego podpisami

elektronicznie i datowanego na dzień 10 lipca 2019 r., wnosząc o wezwanie świadka na adres:

Bank Polskiej Spółdzielczości S.A.

Departament Prawny i Kadr-Wydział Prawny ul. Grzybowska 81, 00-844 Warszawa

4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podnieśli, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., bowiem jako instytucja prowadząca zarobkową działalność polegającą na udzielaniu kredytów, ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odrzucenie oferty naraża odwołujących na brak możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnieśli, że w przedmiotowej sprawie zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2019 r. zawiadomił odwołujących o odrzuceniu ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w związku z art. 103 § 1 i 2 oraz art. 104 Kodeksu cywilnego. Zamawiający uznał bowiem, że złożone przez odwołujących na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. pełnomocnictwo H. K. datowane na 10 lipca 2019 r. nie potwierdzało ważności czynności dokonanych przez H. K. przed tą datą, natomiast odwołujący, wbrew żądaniu zamawiającemu, nie potwierdzili w terminie określonym przez zamawiającego czynności dokonanych przez pełnomocnika przed 10 lipca 2019r., to jest podpisania oferty oraz dokumentu JEDZ.

Zdaniem odwołujących, stanowisko zamawiającego nie jest zasadne.

Odwołujący wyjaśnili, że poprzez złożenie pełnomocnictwa H. K. w odpowiedzi na żądanie zamawiającego skierowane do odwołujących na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., odwołujący potwierdzili istniejące umocowanie H. K. do udziału w postępowaniu przetargowym wynikające z pełnomocnictwa H. K. z dnia 28 lutego 2019 r. Wymienione pełnomocnictwo ma identyczny zakres umocowania, co pełnomocnictwo z dnia 10 lipca 2019 r., które zostało złożone na wezwanie zamawiającego. Pełnomocnictwo H. K. z dnia 28 lutego 2019 r. wciąż obowiązuje, lecz z uwagi na nieopatrzenie pełnomocnictwa podpisami elektronicznymi, nie zostało złożone zamawiającemu przez odwołujących w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nowy dokument pełnomocnictwa z dnia 10 lipca 2019 r. został opatrzony podpisami elektronicznymi, co umożliwiło złożenie pełnomocnictwa w elektronicznym postępowaniu przetargowym. Pełnomocnictwo z dnia 10 lipca 2019 r. potwierdzało więc istniejące umocowanie H. K. wynikające z pełnomocnictwa z

dnia 10 lipca 2019 r. i właśnie w celu potwierdzenia tego umocowania zostało złożone zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnieśli, że zawierający definicje przepis art. 2 ustawy P.z.p. nie wprowadza odrębnej definicji pełnomocnictwa, dlatego w tym zakresie zastosowanie, zgodnie z art. 14 ustawy P.z.p., znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego.

W ujęciu cywilistycznym pojęcie „pełnomocnictwo” ma dwojakie znaczenie. Po pierwsze oznacza ono oświadczenie woli mocodawcy upoważniające osobę do dokonywania w jego imieniu czynności prawnych określonych w pełnomocnictwie. Na podstawie tego umocowania pełnomocnik jest upoważniony do reprezentowania mocodawcy w zakresie określonym w pełnomocnictwie. W znaczeniu drugim jest to dokument stwierdzający zakres tego umocowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący stwierdzili, że czynność udzielenia pełnomocnictwa odróżnić należy od czynności polegającej na jego wykazaniu. Data pełnomocnictwa nie musi zatem odzwierciedlać daty umocowania pełnomocnika. Taka sytuacja miała właśnie miejsce w przedmiotowej sprawie, w której poprzez złożenie pełnomocnictwa nastąpiło potwierdzenie przez Bank BPS umocowania pełnomocnika do podjętych przez niego czynności. Sytuacja faktyczna niniejszej sprawy jest zatem podobna, jak w sprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą znak KIO 2787/14, w której zapadł wyrok, w uzasadnieniu którego stwierdzono: "Zatem nie jest tak, że wykonawca tym dokumentem potwierdził czynność dokonaną bez umocowania w dacie składania ofert, ale potwierdził zakres istniejącego w dacie składania ofert umocowania osoby (...)".

Z ostrożności odwołujący podnieśli, nawet gdyby przyjąć, iż H. K. nie była umocowana do reprezentowania Banku BPS w dacie składania oferty, to samą czynność uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. należałoby uznać za potwierdzenie ważności dotychczasowych czynności H. K. . Mieć tutaj należy w pierwszej kolejności na względzie, że zgodnie z art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Brak pełnomocnictwa, jak również wadliwość pełnomocnictwa, stanowią w świetle powyższego przepisu uchybienia o charakterze usuwalnym.

Stosownie do przepisu art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., usunięcie uchybień dotyczących pełnomocnictwa następuje poprzez przekazanie zamawiającemu przez wykonawcę pełnomocnictwa wolnego od wad. Biorąc powyższe pod uwagę, uznać należy, że w przypadku, gdy usunięcie braku wymaga sporządzenia pełnomocnictwa wolnego od wad, to

pełnomocnictwo będzie zawsze opatrzone datą przypadającą po złożeniu ofert w postępowaniu dotyczącym zamówienia publicznego. Za niedopuszczalne uznać należałoby bowiem antydatowanie podpisu na pełnomocnictwie. W przypadku pełnomocnictwa opatrzonego podpisem elektronicznym byłoby to wręcz niemożliwe. Odwołujący przywołali wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2010 r. (KIO/UZP 410/10), z którego wynika, że „Gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego o obowiązku uzupełnienia pełnomocnictwa, ale w taki sposób, że wystawienie pełnomocnictwa ma nastąpić w terminie (z datą) nie późniejszym, niż upływ terminu składania ofert, wówczas przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie miałby sensu, a wykonawcy zobowiązani byliby do wystawiania dokumentów z datą wsteczną, co jest niedozwolone i niemożliwe do spełnienia” (wyjaśnić należy, że do 07.2016 r. art. 26 ust. 3 obejmował brzmienie obecnego ust. 3a).

Odwołujący wskazali, że z istoty regulacji art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. wynika zatem, że uzupełnienie uchybień pełnomocnictwa może nastąpić poprzez przedłożenie nowego pełnomocnictwa, które z przyczyn oczywistych nie może zostać antydatowane. Odnosząc się przy tym do twierdzenia zamawiającego o konieczności potwierdzenia przez Bank BPS czynności H. K., wyjaśnić należy, że takowe potwierdzenie nastąpiło właśnie poprzez przedstawienie przez Bank BPS zamawiającemu żądanego pełnomocnictwa.

Odwołujący podnieśli, że zgodnie z art. 14 ustawy P.z.p., o ile przepisy ustawy P.z.p. nie stanowią inaczej, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. W szczególności zastosowanie ma więc przepis art. 60 K.c., wedle którego wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). W przedmiotowej sprawie pełnomocnictwo wystawiono na wezwanie zamawiającego po złożeniu oferty i dokumentu JEDZ, co w oczywisty sposób potwierdza wolę odwołujących udziału w postępowaniu przetargowym, a tym samym potwierdza wcześniejsze czynności pełnomocnika. Przecież, gdyby odwołujący nie akceptowali złożenia oferty przez pełnomocnika, to nie udzieliliby pełnomocnictwa i nie usunęliby szeregu innych braków oferty.

Odwołujący zaznaczyli, że przepis art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., który stał się podstawą wezwania odwołujących do przedstawienia pełnomocnictwa H. K., nie może być odczytywany jako prawne umocowanie zamawiającego do żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia o potwierdzeniu czynności pełnomocnika. Przepis ten *expressis verbis* statuuje uprawnienie zamawiającego do zobowiązania wykonawcy do złożenia pełnomocnictwa, a nie innego typu oświadczeń, w tym oświadczeń potwierdzających czynności pełnomocnika.

Wynika to zapewne z tego, że sama czynność uzupełnienia przez wykonawcę pełnomocnictwa świadczy o tym, że wyraża on wolę udziału w zainicjowanym przez pełnomocnika postępowaniu i nie ma potrzeby dostarczania w tym zakresie dodatkowych oświadczeń. W ślad za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w powołanym wyżej wyroku z dnia 16 kwietnia 2010 r., uzasadnione jest zatem przyjęcie, że „art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadkach objętych jego dyspozycją (...) jest regulacją szczególną w stosunku do przepisów ogólnych”, a więc w szczególności do przepisów art. 103 i 104 K.c., które uprawniają drugą stronę czynności wykonanej przez *falsus procurator* do wyznaczenia stronie reprezentowanej przez *falsus procurator* termin na potwierdzenie czynności.

Odwołujący zauważyli, że zamawiający działając w przedmiotowej sprawie na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. zażądał od odwołujących wyłącznie dostarczenia pełnomocnictwa, zaś w informacji o odrzuceniu oferty wyjaśnił, iż w istocie żądał potwierdzenia czynności pełnomocnika. W istocie, na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., zamawiający nie mógł zażądać od odwołujących żadnego innego dokumentu aniżeli pełnomocnictwo, toteż zażądał potwierdzenia czynności pełnomocnika w jedyny dostępny sposób - poprzez dostarczenie pełnomocnictwa. Z kolei odwołujący zastosowali się w jedyny możliwy sposób do żądania zamawiającego, a mianowicie, dostarczyli pełnomocnictwo udzielone H. K. i w ten sposób, jednoznacznie manifestując wolę udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, potwierdzili czynności H. K. .

Odwołujący wyjaśnili, że tylko z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że odwołujący nieskutecznie potwierdzili umocowanie H. K. poprzez przedstawienie jej pełnomocnictwa oraz na wypadek nieuznania, że art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. nie stanowi szczególnej regulacji względem przepisów art. 103 i 104 K.c. o potwierdzaniu czynności *falsus procurator* oraz wobec niewskazania przez zamawiającego terminu do potwierdzenia czynności H. K., potwierdził zamawiającemu Bank BPS oświadczeniem z dnia 22.07.2019 r. ważność czynności H. K. .

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 sierpnia 2019 roku zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie,
- 3) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający stwierdził, że zarzuty postawione w odwołaniu są bezpodstawne i powinny zostać oddalone w całości.

Zamawiający wskazał, że na podstawie informacji zawartych w odpisie z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego ustalono, że oświadczenia woli w imieniu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. składają działający łącznie: dwaj członkowie zarządu lub jeden członek zarządu łącznie z prokurentem. Z informacji zawartych w odpisie z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego wynika ponadto, że do wykonywania czynności w imieniu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., zarząd może ustanowić pełnomocników działających w granicach udzielonych im pełnomocnictw; samodzielnie lub łącznie z członkiem zarządu lub prokurentem, albo innym pełnomocnikiem. Nie ulega wątpliwości, że złożona przez odwołujących oferta nie została podpisana przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego ani przez dwóch członków zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., ani przez jednego członka zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. działającego łącznie z prokurentem. Podczas czynności badania i oceny ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający stwierdził natomiast, że złożona przez odwołujących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta została podpisana przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez panią H. K. Odwołujący nie dołączyli jednak do złożonej oferty pełnomocnictwa dla pani H. K. upoważniającego do podpisania oferty w imieniu odwołujących. Zamawiający podkreślił, że pani H. K. podpisała również przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego oświadczenie Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., złożone w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Pełnomocnictwo dla pani H. K. uprawniające do podpisania przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego oświadczenia Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., złożonego w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), nie zostało również dołączone do oferty przez odwołujących

W związku z powyższym w dniu 03 lipca 2019 roku zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., wezwał odwołujących m. in. do złożenia udzielonego pani H. K. przez osoby upoważnione do reprezentowania Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. pełnomocnictwa do podpisania i złożenia w jego imieniu oferty w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również do podpisania w jego imieniu oświadczenia złożonego w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). W treści wezwania zamawiający w pierwszej kolejności wskazał odwołującym przyczynę wezwania do złożenia ww. pełnomocnictwa, a następnie określił, w jakiej formie powinno być ono złożone przez odwołujących. Zamawiający zaznaczył w sposób wyraźny, iż „pełnomocnictwo należy złożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego przy użyciu kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez osoby upoważnione do reprezentowania Banku Polskiej Spółdzielczości S A, lub w postaci elektronicznej kopii dokumentu

poświadczonej przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego". Na dostarczenie ww. pełnomocnictwa zamawiający wyznaczył odwołującym nieprzekraczalny termin do dnia 10 lipca 2019 roku.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący w dniu 09 lipca 2019 roku dostarczyli zamawiającemu m.in. pełnomocnictwo nr 215/2019 udzielone pani H. K. przez zarząd Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., które zostało opatrzone datą 10 lipca 2019 roku. Pełnomocnictwo zostało dostarczone w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego w dniu 09 lipca 2019 roku przy użyciu kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez pana K. K. (Wiceprezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości SA,) oraz pana R. B. (Wiceprezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A.). Wyżej wymienione pełnomocnictwo zostało doręczone bez pisma przewodniego, z którego wynikałoby, że dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego z przeznaczeniem na sfinansowanie planowanego deficytu budżetu Gminy Miasto Włocławek”

Bank Gospodarstwa Krajowego, który również złożył ofertę w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz który także został wezwany do złożenia pełnomocnictw na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., w odpowiedzi na wezwanie do złożenia pełnomocnictw załączył pełnomocnictwo wraz z pismem przewodnim wskazującym, którego postępowania konkretnie dotyczy.

Z treści dostarczonego pełnomocnictwa wynika, że pani H. K. jest m. in. upoważniona do:

„(...) 6) reprezentowania samodzielnie Banku BPS S.A. przed sądami powszechnymi, polubownymi, sądami administracyjnymi, Krajową Izbą Odwoławczą organami egzekucyjnymi i organami administracji publicznej we wszystkich sprawach związanych z działalnością Oddziału w Płocku;

7) jednoosobowego reprezentowania Banku w zakresie składania oświadczeń woli w formie JEDZ i opatrywania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym w celu przystępowania Banku do przetargów zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2018 r., poz. 1986 z późn. zm);

8) jednoosobowego reprezentowania Banku w zakresie złożenia wszystkich dokumentów i opatrywania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym, dotyczących postępowań o udzielenie zamówień publicznych, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 r., poz. 1986 z późn. zm)."

Zamawiający uznał, że uzupełnione pełnomocnictwo jest pełnomocnictwem o bardzo ogólnej treści. Stwierdził, że nie można także uznać, że jest ono pełnomocnictwem szczególnym, które upoważniało panią H. K. do podpisania i złożenia w imieniu odwołujących oferty w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przypadku w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Miasto Włocławek - Urząd Miasta Włocławek pod nazwą „Udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego z przeznaczeniem na sfinansowanie planowanego deficytu budżetu Gminy Miasto Włocławek” (numer sprawy: BZP.271.24.2019). Analiza treści uzupełnionego przez odwołujących pełnomocnictwa pozwoliła ponadto stwierdzić, iż jednostronna czynność prawna, polegająca na podpisaniu (dnia 25 czerwca 2019 roku) i złożeniu (dnia 26 czerwca 2019 roku) oferty w prowadzonym postępowaniu, została dokonana przez panią H. K., która w chwili jej dokonywania nie posiadała właściwego umocowania. Osoba podpisująca i składająca w imieniu odwołujących ofertę w prowadzonym postępowaniu nie posiadała stosownego umocowania także w momencie, w którym upłynął termin składania ofert, tj. dnia 01 lipca 2019 roku. Wzywając odwołujących na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. do złożenia stosownego pełnomocnictwa, zamawiający zażądał zatem od odwołujących potwierdzenia dokonania czynności podpisania i złożenia w jego imieniu oferty w prowadzonym postępowaniu, a ponadto wyznaczył odwołującym termin, do którego upływu to potwierdzenie powinno nastąpić. Był to termin na uzupełnienie pełnomocnictwa dla pani H. K., który upłynął w dniu 10 lipca 2019 roku. Tym samym zamawiający umożliwili odwołującym konwalidowanie jednostronnej czynności prawnej dokonanej przez *falsus procurator* analogicznie do przepisu art. 103 § 1 i 2 oraz art. 104 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2019r. poz. 1145 ze zmianami), zwaną dalej Kodeksem cywilnym,

Zgodnie z treścią art. 104 Kodeksu cywilnego „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”.

Z treści art. 103 § 1 Kodeksu cywilnego wynika natomiast, że „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”. Następnie w treści art. 103 § 2 Kodeksu cywilnego ustawodawca dodaje, że „druga strona może wyznaczyć osobie, w której imieniu umowa została zawarta, odpowiedni termin do potwierdzenia umowy; staje się wolna po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu”.

Zamawiający podniósł, że co prawda odwołujący złożyli zamawiającemu w dniu 09 lipca 2019 roku pełnomocnictwo dla pani H. K. (datowane na dzień 10 lipca 2019 roku), jednakże z jego treści i zakresu w żaden sposób nie wynika potwierdzenie dla wcześniej dokonanej przez panią H. K. czynności podpisania i złożenia oferty w jego imieniu w prowadzonym postępowaniu.

Z treści pełnomocnictwa wynika natomiast, że od dnia jego wystawienia 10 lipca 2019 roku pani H. K. jest m. in. upoważniona do jednoosobowego reprezentowania Banku w zakresie złożenia wszystkich dokumentów i opatrywania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym, dotyczących postępowań o udzielenie zamówień publicznych, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 r., poz. 1986 z późn. zm). Oznacza to, że wszystkie czynności prawne wykonane przez panią H. K. w imieniu odwołujących są ważne dopiero od dnia wystawienia pełnomocnictwa nr 215/2019. W ocenie zamawiającego uzupełnione przez odwołujących pełnomocnictwo było zatem niewystarczające do potwierdzenia wcześniej dokonanej czynności przez panią H. K. w prowadzonym postępowaniu i w związku z powyższym oferta odwołujących została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w związku z art. 103 § 1 i 2 oraz art. 104 Kodeksu cywilnego.

Zamawiający wskazał, że z uwagi na fakt, iż nie mógł domagać się od odwołujących wyjaśnień dotyczących treści uzupełnionego pełnomocnictwa nr 215/2019, udzielonego pani H. K. przez zarząd Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., ponieważ wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. dotyczy wyłącznie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., oraz mając na uwadze zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia pełnomocnictw, podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołujących. Odwołujący zostali powiadomieni o czynności zamawiającego w dniu 16 lipca 2019 roku. Powyższe działanie zamawiającego znajduje swoje potwierdzenie w wyroku z dnia 11 stycznia 2018 roku, sygn. akt KIO 2706/17, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „w przypadku niezłożenia lub złożenia nieprawidłowego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też na potwierdzenie, że oferowane dostawy czy usługi spełniają wymagania zamawiającego wykonawca ma możliwość jednokrotnego skorygowania swojego błędu. Podkreślić należy, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady niezmienności oferty i możliwość jego zastosowania nie może być interpretowana rozszerzająco. Zastosowanie instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów winno zawsze być interpretowane w świetle zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.” W analogiczny sposób zamawiający jest zobowiązany postępować w przypadku wzywiania wykonawców do złożenia pełnomocnictw na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p.

Zamawiający podkreślił, że całkowicie bezzasadny jest podniesiony w złożonym w dniu 26 lipca 2019 roku odwołaniu argument odwołujących, jakoby „sytuacja faktyczna niniejszej sprawy jest podobna, jak w sprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą znak KIO 2787/14 (...)”. W przeciwieństwie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołujących, w przywołanej przez odwołujących sprawie wykonawca dołączył do złożonej przez siebie oferty pełnomocnictwo do jej podpisania. Pełnomocnictwo to zostało jednak uznane za wadliwe w wyniku przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert. W związku z tym w przywołanym przez Odwołującego postępowaniu Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa. W odróżnieniu jednak od prowadzonego przez Gminę Miasto Włocławek - Urząd Miasto Włocławek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca, oprócz wezwania do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa, został także wezwany do złożenia oświadczenia potwierdzającego czynność prawną polegającą na podpisaniu oferty.

Zamawiający zaznaczył, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, odwołujący został wyłącznie wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa dla pani H. K., ponieważ z literalnego brzmienia art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. wynika, że uzupełnieniu podlegają wyłącznie wadliwe pełnomocnictwa, jak również pełnomocnictwa, które nie zostały załączone do oferty w ogóle. Gdyby przyjąć stanowisko o obowiązku uzupełnienia pełnomocnictwa, ale w taki sposób, że wystawienie pełnomocnictwa ma nastąpić w terminie (z datą) nie późniejszym, niż upływ terminu składania ofert, wówczas przepis art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. nie miałby sensu, a wykonawcy zobowiązani byliby do wystawiania dokumentów z datą wsteczną, co jest niedozwolone i niemożliwe do spełnienia. W tym zakresie przepis art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. w przypadkach objętych jego dyspozycją jest regulacją szczególną w stosunku do przepisów ogólnych.”

Zamawiający dodał, że odwołujący w dniu 23 lipca 2019 roku, a więc po upływie terminu na uzupełnienie pełnomocnictwa dla pani H. K., jak również po dokonaniu przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołujących, doręczyli zamawiającemu przy użyciu Platformy Przetargowej Urzędu Miasta Włocławek, dostępnej pod adresem: <https://umwloclawek.logintrade.net/rejestracja/ustawowe.html>, oświadczenie zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. z dnia 22 lipca 2019 roku, z którego treści wynika, że „Zarząd Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. potwierdza czynności dokonane przez pełnomocnika H. K. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Nr BZP.271.242019, pn.: „Udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego z przeznaczeniem na sfinansowanie planowanego deficytu budżetu Gminy Miasto Włocławek”, w szczególności podpisanie oferty oraz dokumentu JEDZ. Wspomniany dokument został podpisany przy użyciu kwalifikowanego

podpisu elektronicznego przez działających w imieniu Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. pana Z. K. (Prezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A.) oraz pana P. G. (Wiceprezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A.). Dokument ten wpłynął jednak do zamawiającego po upływie terminu na uzupełnienie pełnomocnictwa dla pani H. K., tj. po dniu 10 lipca 2019 roku, i tym samym nie mógł w żaden sposób wpłynąć na decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołujących, o podjęciu której został powiadomiony w dniu 16 lipca 2019 roku. Fakt złożenia wyżej wskazanego oświadczenia - potwierdzenie czynności pełnomocnika - wskazuje, że odwołujący *de facto* uznali argumenty zamawiającego w zakresie braku umocowania pani H. K. do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Uwzględnienie przez zamawiającego uzupełnionego w ten sposób dokumentu i ewentualna zmiana jego decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty odwołujących, spowodowałoby bowiem naruszenie określonej art. 7 ust. 1a ustawy P.z.p. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, że niezrozumiałe jest dla niego także działanie odwołujących polegające na tym, że z jednej strony w treści złożonego w dniu 26 lipca 2019 roku odwołania kwestionują możliwość konwalidowania jednostronnej czynności prawnej podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a z drugiej strony przedkładają zamawiającemu oświadczenie, w którego treści potwierdza, że dokonana wcześniej przez pełnomocnika czynność podpisania i złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia nastąpiła w jego imieniu.

W ocenie zamawiającego, wbrew twierdzeniom odwołujących, w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uzupełnienie pełnomocnictwa dla pani H. K. wcale nie musiało wiązać się z jego antydatowaniem. Z treści złożonego odwołania wynika bowiem, że w dniu podpisania i złożenia oferty przez panią H. K. w obrocie prawnym funkcjonowało datowane na dzień 28 lutego 2019 roku pełnomocnictwo nr 81/2019, które zostało udzielone pani H. K. przez pana Z. K. (Prezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A.) oraz pana R. B. (Wiceprezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A.), działających w imieniu zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A.. Jak wynika jednak z treści odwołania złożonego w dniu 22 lipca 2019 roku, wspomniane pełnomocnictwo „pomyłkowo” nie zostało dołączone do oferty odwołujących. Bezspornym jest jednak, że wyżej wskazane pełnomocnictwo datowane na dzień 28 lutego 2019 roku nie zostało załączone do oferty. Zamawiający powziął wiedzę o istnieniu tego pełnomocnictwa dopiero z chwilą złożenia odwołania.

Zamawiający zauważył, że w treści złożonego w dniu 26 lipca 2019 roku odwołania odwołujący wskazali, że „pełnomocnictwo pani H. K. z dnia 28 lutego 2019 roku wciąż obowiązuje, lecz z uwagi na nieopatrzenie pełnomocnictwa podpisami elektronicznymi, nie zostało złożone zamawiającemu przez Bank BPS w postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego". Argumentacja przedstawiona przez odwołujących jest całkowicie niezrozumiała dla zamawiającego, a działanie odwołujących potwierdza wyłącznie brak doświadczenia, znajomości przepisów prawa oraz należytej staranności - tak wymaganej przecież od instytucji zaufania publicznego, do których niewątpliwie zaliczają się banki - przy przygotowywaniu oferty oraz odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dotyczące uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Wspomniany brak należytej staranności odwołujących dostrzegalny jest także w treści odwołania, które zostało złożone w dniu 26 lipca 2019 roku, a zaliczają się do nich m.in. niewłaściwe daty, nazwiska przywołane w treści odwołania. Zamawiający przypomniał, że w treści wezwania z dnia 03 lipca 2019 roku do uzupełnienia pełnomocnictw zamawiający w sposób wyraźny zaznaczył, iż „pełnomocnictwo należy złożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego przy użyciu kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez osoby upoważnione do reprezentowania Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., lub w postaci elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego”. Skoro więc odwołujący – jak twierdzi – nie dysponował pełnomocnictwem dla pani H. K. opatrzonym kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przez osoby upoważnione do reprezentowania Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., to mógł wystąpić do notariusza o poświadczenie jego elektronicznej kopii przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego”. Przedłożenie zamawiającemu w terminie zakreślonym w wezwaniu z dnia 03 lipca 2019 roku elektronicznej kopii pełnomocnictwa, która została poświadczona przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, nie wiązałoby się z koniecznością antydatowania pełnomocnictwa, a ponadto nie doprowadziłoby do sytuacji, w której zamawiający został zmuszony do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. Zamawiający podkreślił, że wiedzę o istnieniu pełnomocnictwa nr 81/2019 z dnia 28 lutego 2019 roku dla pani H. K. powziął dopiero po zapoznaniu się z treścią przesłanej do zamawiającego kopii odwołania, jak również z załączonych do niego kopii dokumentów.

Zamawiający wskazał, że do dnia wysłania niniejszej odpowiedzi na złożone odwołanie nie wpłynęło bowiem do zamawiającego wspomniane pełnomocnictwo w formie zgodnej z ustawą P.z.p. i wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych. A przypomnieć należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również czynność badania i oceny złożonych ofert, zamawiający każdorazowo dokonuje na podstawie oświadczeń i dokumentów dostarczonych przez wykonawcę czy to wraz z ofertą, czy też na wyraźne wezwanie zamawiającego. Ponad wszelką wątpliwość ocena złożonych ofert nie może być dokonana w oparciu o domniemanie istnienia dokumentu, który nie został dostarczony zamawiającemu w zakreślonym przez niego terminie, co następnie wpłynęło na podjętą przez zamawiającego decyzję o odrzuceniu oferty

złożonej przez odwołujących. Zamawiający podkreślił, że podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołujących dopiero po tym, gdy nie było już możliwe wzywianie odwołujących do uzupełnienia kolejnych pełnomocnictw na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., i w oparciu o dokumenty, które znajdowały się w posiadaniu zamawiającego w dniu podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

W myśl rozdz. VI ust. 12 s.i.w.z., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą, zgodnie z zapisami art. 23 ust. 2 ustawy P.z.p., ustanowić pełnomocnika (lidera) do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia lub do reprezentowania ich w postępowaniu oraz zawarciu umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Do oferty należy dołączyć pełnomocnictwo, które powinno dokładnie określać zakres umocowania.

Zgodnie z rozdz. X ust. 3 s.i.w.z., do oferty należało załączyć m.in.:

2) pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie umowa o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo,

3) dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty (oryginał w postaci dokumentu elektronicznego) względnie do podpisania innych oświadczeń lub dokumentów składanych wraz z ofertą, chyba, że zamawiający może je uzyskać w szczególności za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, a Wykonawca wskazał to wraz ze złożeniem oferty,

5. Pełnomocnictwo powinno zostać sporządzone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W postępowaniu złożono dwie oferty:

- 1) odwołujący – z ceną: 8.784.506,53 złotych
- 2) Bank Gospodarstwa Krajowego Region Kujawsko — Pomorski w Toruniu – z ceną: 9.422.487,57 złotych.

Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to: 10.528.780,79 złotych.

Warunki płatności we wszystkich ofertach,

1. Oprocentowanie kredytu ustala się w wysokości odpowiadającej stawce WIBOR 1M powiększonej o marżę banku.

2. Stopa oprocentowania kredytu będzie ulegać zmianie w okresach miesięcznych - ostatniego dnia każdego miesiąca o wskaźnik uwzględniający stosunek notowań stawki WIBOR 1 M, wyliczonej jako średnia arytmetyczna z 10 ostatnich dni poprzedzających zmianę oprocentowania + stała marża banku.

3. Ustala się karencję w spłacie kapitału do 29 listopada 2022 roku.

4. Płatność odsetek: w okresach miesięcznych,

5. Odsetki będą naliczane od faktycznie wykorzystanych środków.

6. Bank nie naliczy jednorazowej prowizji od przyznanego kredytu.

7. Spłata rat kredytu i odsetek, przypadająca na dzień wolny od pracy, nastąpi w następnym dniu roboczym po tym dniu.

Oferta złożona przez odwołujących została podpisana przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez panią H. K.. Odwołujący nie dołączyli do złożonej oferty pełnomocnictwa dla pani H. K. upoważniającego do podpisania oferty w imieniu odwołujących. Pani H. K. podpisała również przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego oświadczenie Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., złożone w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Pełnomocnictwo dla pani H. K. uprawniające do podpisania przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego oświadczenia Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., złożonego w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), nie zostało również dołączone do oferty przez odwołujących

W dniu 03 lipca 2019 roku zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., wezwał odwołujących m. in. do złożenia udzielonego pani H. K. przez osoby upoważnione do reprezentowania Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. pełnomocnictwa do podpisania i złożenia w jego imieniu oferty w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również do podpisania w jego imieniu oświadczenia złożonego w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). W treści wezwania zamawiający wskazał odwołującym przyczynę wezwania do złożenia ww. pełnomocnictwa, a następnie określił, w jakiej formie powinno być ono złożone przez odwołujących. Zamawiający zaznaczył, iż „pełnomocnictwo należy złożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego przy użyciu kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez osoby upoważnione do reprezentowania Banku Polskiej Spółdzielczości S A, lub w postaci elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego

podpisu elektronicznego". Na dostarczenie ww. pełnomocnictwa zamawiający wyznaczył odwołującym nieprzekraczalny termin do dnia 10 lipca 2019 roku.

Odwołujący w dniu 09 lipca 2019 roku dostarczyli zamawiającemu m.in. pełnomocnictwo nr 215/2019 udzielone pani H. K. przez zarząd Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., które zostało opatrzone datą 10 lipca 2019 roku. Pełnomocnictwo zostało dostarczone w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego w dniu 09 lipca 2019 roku przy użyciu kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez pana K. K. (Wiceprezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości SA,) oraz pana R. B. (Wiceprezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A.).

Z treści dostarczonego pełnomocnictwa wynika, że pani H. K. jest m. in. upoważniona do:

„(...) 6) reprezentowania samodzielnie Banku BPS S.A. przed sądami powszechnymi, polubownymi, sądami administracyjnymi, Krajową Izbą Odwoławczą organami egzekucyjnymi i organami administracji publicznej we wszystkich sprawach związanych z działalnością Oddziału w Płocku;

7) jednoosobowego reprezentowania Banku w zakresie składania oświadczeń woli w formie JEDZ i opatrywania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym w celu przystępowania Banku do przetargów zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2018 r., poz. 1986 z późn. zm);

8) jednoosobowego reprezentowania Banku w zakresie złożenia wszystkich dokumentów i opatrywania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym, dotyczących postępowań o udzielenie zamówień publicznych, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 r., poz. 1986 z późn. zm)."

Pismem z dnia 16 lipca 2019 roku zamawiający, na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołujących na podstawie art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, w związku z art. 103 § 1 i 2 oraz art. 104 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2019r. poz. 1145 ze zmianami)

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołujący zamawiający wskazał, że podczas czynności badania i oceny ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stwierdził m.in., że złożona przez odwołujących w prowadzonym postępowaniu oferta została podpisana przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez panią H. K. . Na podstawie informacji zawartych w odpisie z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego ustalono, że oświadczenia woli w imieniu

banku składają działający łącznie: dwaj członkowie zarządu lub jeden członek zarządu łącznie z prokurentem. Z informacji zawartych w odpisie z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego wynika ponadto, że do wykonywania czynności w imieniu banku zarząd może ustanowić pełnomocników działających w granicach udzielonych im pełnomocnictw; samodzielnie lub łącznie z członkiem zarządu lub prokurentem albo innym pełnomocnikiem. Odwołujący nie dołączyli jednak do złożonej oferty pełnomocnictwa dla pani H. K. do podpisania oferty w imieniu odwołujących. Pani H. K. podpisała również przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego oświadczenie Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., złożone w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ).

Wobec powyższego w dniu 03 lipca 2019 roku zamawiający, działając na podstawie art, 26 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, wezwał odwołujących m. in. do złożenia udzielonego pani H. K. przez osoby upoważnione do reprezentowania Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. pełnomocnictwa do podpisania i złożenia w jego imieniu oferty w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również do podpisania w jego imieniu oświadczenia złożonego w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). W treści ww. wezwania zamawiający wyznaczył odwołującym nieprzekraczalny termin na uzupełnienie pełnomocnictwa do dnia 10 lipca 2019 roku.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący w dniu 09 lipca 2019 roku dostarczyli zamawiającemu m in. pełnomocnictwo nr 215/2019 udzielone pani H. K. przez zarząd Banku Polskiej Spółdzielczości S.A., które zostało opatrzone datą 10 lipca 2019 roku. Pełnomocnictwo zostało dostarczone w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego w dniu 09 lipca 2019 roku przy użyciu kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez pana K. K. (Wiceprezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości SA.) oraz pana R. B. (Wiceprezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A.). Z treści dostarczonego pełnomocnictwa wynika, że pani H. K. jest m. in. upoważniona do:

6) reprezentowania samodzielnie Banku BPS S.A przed sądami powszechnymi, polubownymi, sądami administracyjnymi, Krajową Izbą Odwoławczą organami egzekucyjnymi i organami administracji publicznej we wszystkich sprawach związanych z działalnością Oddział w Płocku;

7) jednoosobowego reprezentowania Banku w zakresie składania oświadczeń woli w formie JEDZ i opatrywania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym w celu przystępowania Banku do przetargów zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2018 r., poz. 1986 z późn. zm);

8) jednoosobowego reprezentowania Banku w zakresie złożenia wszystkich dokumentów i opatrywania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym, dotyczących postępowań o udzielenie zamówień publicznych, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 r., poz. 1986 z późn. zm).

Z treści uzupełnionego przez odwołujących pełnomocnictwa nie wynika jednak upoważnienie do podpisania w imieniu odwołujących przez panią H. K. w dniu 25 czerwca 2019 roku, a następnie do złożenia w dniu 26 czerwca 2019 roku oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Miasto Włocławek - Urząd Miasta Włocławek pod nazwą „Udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego z przeznaczeniem na sfinansowanie planowanego deficytu budżetu Gminy Miasto Włocławek” (numer sprawy: BZP.271 24,2019). W treści przedłożonego pełnomocnictwa próżno także doszukiwać się potwierdzenia przez odwołujących czynności pani H. K., polegającej na podpisaniu i złożeniu oferty w prowadzonym postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, która to została dokonana przed datą wystawienia uzupełnionego pełnomocnictwa.

Zgodnie z treścią art. 104 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2019r. poz. 1145 ze zmianami) „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”.

Z treści art 103 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2019r. poz. 1145 ze zmianami) wynika natomiast że „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”, Następnie w treści art. 103 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 201 gr. poz. 1145 ze zmianami) ustawodawca dodaje, że „druga strona może wyznaczyć osobie, w której imieniu umowa została zawarta, odpowiedni termin do potwierdzenia umowy; staje się wolna po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu”.

Na podstawie przedstawionego wcześniej stanu faktycznego niewątpliwe jest, iż jednostronna czynność prawna, polegająca na podpisaniu (dnia 25 czerwca 2019 roku) i złożeniu (dnia 26 czerwca 2019 roku) oferty w prowadzonym postępowania, została dokonana przez pełnomocnika, który w chwili jej dokonywania nie posiadał właściwego umocowania. Osoba podpisująca i składająca w imieniu wykonawcy ofertę w prowadzonym postępowaniu nie posiadała stosownego umocowania także w momencie, w którym upłynął termin składania

ofert, tj. dnia 01 lipca 2019 roku. Wzywając odwołujących na podstawie art 26 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych do złożenia stosownego pełnomocnictwa, zamawiający zażądał zatem potwierdzenia dokonania czynności podpisania i złożenia w jego imieniu oferty w prowadzonym postępowaniu, a ponadto wyznaczył odwołującym termin, do którego upływu to potwierdzenia powinno nastąpić. Był to termin na uzupełnienie pełnomocnictwa dla pani H. K., który upłynął w dniu 10 lipca 2019 roku. Co prawda odwołujący złożyli zamawiającemu w dniu 09 lipca 2019 roku pełnomocnictwo dla pani H. K., jednakże jest ono datowane na dzień 10 lipca 2019 roku, a z jego treści i zakresu w żaden sposób nie wynika potwierdzenie dla wcześniej dokonanej przez panią H. K. czynności podpisania i złożenia oferty w jego imieniu w prowadzonym postępowaniu. Z treści pełnomocnictwa wynika natomiast, że pani H. K. jest m. in. upoważniona od dnia wystawienia pełnomocnictwa nr 215/2019 do jednoosobowego reprezentowania Banku w zakresie złożenia wszystkich dokumentów i opatrywania ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym, dotyczących postępowań o udzielenie zamówień publicznych, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 r., poz. 1986 z późn. zm). Oznacza to, że wszystkie czynności prawne wykonane przez panią H. K. w imieniu odwołujących są ważne dopiero od dnia wystawienia pełnomocnictwa nr 215/2019. W ocenie zamawiającego uzupełnione przez odwołujących pełnomocnictwo jest zatem niewystarczające do potwierdzenia wcześniej dokonanej czynności przez panią H. K. w prowadzonym postępowaniu i w związku z powyższym oferta odwołujących podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych w związku z art. 103 § 1 i 2 oraz art. 104 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2019r. poz. 1145 ze zmianami).

Powyższa argumentacja zamawiającego znajduje również swoje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 410/10. W przytoczonym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła co prawda w pierwszej kolejności, że „uzupełnienie dokumentów, w tym pełnomocnictwa, stanowi właściwie dokonaną czynność, gdy mimo daty wystawienia dokumentów po upływie terminu składania ofert, potwierdzają one spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.” Jednakże dalej w treści tego samego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza dodaje, że przystępujący w niniejszej sprawie ma możliwość skutecznego złożenia pełnomocnictwa w terminie wymaganym przez zamawiającego, z którego wynikać będzie zakres umocowania lidera, w tym do czynności podpisania oferty konsorcjum i potwierdzenie przez uprawnionych reprezentantów członków konsorcjum, że do tej czynności lider konsorcjum umocowany był w dacie składania ofert!

Analogiczne wnioski można wysnuć po zapoznaniu się z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2014 roku, sygn. akt KIO 2240/14

W postępowaniu zastosowano procedurę, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. Wobec zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty odwołujących zamawiający odstąpił od badania, czy odwołujący nie podlegają wykluczeniu z prowadzonego postępowania oraz spełniają warunki udziału w prowadzonym postępowaniu.

Odwołujący w dniu 23 lipca 2019 roku doręczyli zamawiającemu przy użyciu Platformy Przetargowej Urzędu Miasta Włocławek, dostępnej pod adresem: <https://umwloclawek.logintrade.net/rejestracja/ustawowe.html>, oświadczenie zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. z dnia 22 lipca 2019 roku, z którego treści wynika, że „Zarząd Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. potwierdza czynności dokonane przez pełnomocnika H. K. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Nr BZP.271.242019, pn. „Udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego z przeznaczeniem na sfinansowanie planowanego deficytu budżetu Gminy Miasto Włocławek”, w szczególności podpisanie oferty oraz dokumentu JEDZ. Wspomniany dokument został podpisany przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez działających w imieniu Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. pana Z. K. (Prezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A.) oraz pana P. G. (Wiceprezesa Zarządu Banku Polskiej Spółdzielczości S.A.).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Izba podkreśla, że do złożenia oferty niezbędne jest posiadanie przez osoby składające w imieniu wykonawcy oświadczenie woli w przedmiocie udziału w postępowaniu, a także w przedmiocie zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia, stosownego umocowania w dacie składania ofert. Nie bez powodu przy tym ustawodawca stawia w systemie zamówień publicznych kategorię wymóg złożenia oferty w nieprzekraczalnym terminie składania ofert. Konsekwencją powyższego jest konieczność posiadania takiego umocowania w dacie składania ofert.

Podkreślić należy, że w doktrynie prawa terminem pełnomocnictwo określa się czynność prawną, której treścią jest oświadczenie woli mocodawcy upoważniające osobę lub

osoby do dokonywania w jego imieniu czynności prawnych określonych w pełnomocnictwie. Na podstawie tego umocowania pełnomocnik jest upoważniony do reprezentowania (zastępstwa) mocodawcy, w zakresie określonym w pełnomocnictwie, w stosunkach prawnych z innymi podmiotami prawa.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p.). Przy czym oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ustawy P.z.p., w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z treścią art. 99 § 1 ustawy Kodeks cywilny, jeżeli do ważności czynności prawnej jest potrzebna szczególna forma, pełnomocnictwo do jej dokonania powinno być udzielone w tej samej formie.

Z powyższego oraz z treści s.i.w.z. wynika, iż wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu, winni byli wraz z ofertą przedłożyć stosowne pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę. Pełnomocnictwo powinno być zostać przedłożone jako oryginał w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, przy czym potwierdzenie za zgodność z oryginałem odbywa się wówczas za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego notariusza.

Odwołujący nie złożyli wraz z ofertą pełnomocnictwa dla Pani H. K., w związku z czym zamawiający słusznie wezwał ich do złożenia dokumentu potwierdzającego umocowanie Pani H. K. do złożenia oferty w imieniu wykonawców w dniu jej złożenia.

Izba wskazuje, że ustawodawca w art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. wprost przewiduje możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa. Przepis ten stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Niezłożenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego powoduje zatem bez wątpienia powstanie po stronie zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy przez do uzupełnienia dokumentu. Wyraz takiego podejścia dał także skład orzekający w tym postępowaniu, wyrokiem z dnia z 14 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2276/14 nakazując uzupełnienie pełnomocnictwa.

Izba podkreśla, że 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. Tymczasem z treści uzupełnionego przez odwołujących pełnomocnictwa nie wynika upoważnienie do podpisania w imieniu odwołujących przez panią H. K. w dniu 25 czerwca 2019 roku, a następnie do złożenia w dniu 26 czerwca 2019 roku oferty. Odwołujący nie potwierdzili również czynności pani H. K., polegającej na podpisaniu i złożeniu oferty w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która to została dokonana przed datą wystawienia uzupełnionego pełnomocnictwa.

Odwołujący w treści odwołania oraz na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 7 sierpnia br. podnosił, że Pani H. K. była umocowana do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 lutego 2019 roku. Wskazane pełnomocnictwo odwołujący załączył do odwołania. Na tę okoliczność zeznawał również świadek, Pan M. S., pracownik lidera konsorcjum utworzonego przez odwołujących, który ponadto zeznał, że pełnomocnictwo dla P. H. K. z lipca br. nie było nowym pełnomocnictwem, ale potwierdzeniem pełnomocnictwa z lutego br.

Izba wskazuje jednakże, że w przypadku, gdy pełnomocnik dokonywał czynności w postępowaniu na podstawie pisemnego pełnomocnictwa, wykonawca może je uzupełnić w formie elektronicznej, z tymże z jego treści musi wynikać, że na dzień dokonywania czynności pełnomocnik był już do tego upoważniony. Tymczasem z treści uzupełnionego pełnomocnictwa taka okoliczność nie wynikała. Odwołujący mogli również na wezwanie zamawiającego złożyć kopię pisemnego pełnomocnictwa z lutego 2019 roku, potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez notariusza za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego notariusza. Odwołujący takiej kopii również nie złożyli.

Podkreślenia wymaga, że wszystkie czynności mające na celu wykazanie istnienia pełnomocnictwa dla Pani H. K., podjęte przez odwołujących po uzyskaniu informacji o odrzuceniu ich oferty, nie mogły odnieść skutku z uwagi na fakt, że zostały podjęte z naruszeniem terminu do uzupełnienia pełnomocnictwa wyznaczonego przez zamawiającego. Art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek złożenia dokumentów w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Przekroczenie wyznaczonego terminu wywołuje skutki przewidziane w ustawie. Faktem jest, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się dość wysokim formalizmem, jednakże wykonawca, który decyduje się na wzięcie udziału w postępowaniu winien być tego świadomy i winien do tego

formalizmu się dostosować. Z kolei zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie terminów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców.

Należy mieć także na uwadze fakt, iż – jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, ukształtowanego na tle poprzedniego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. (obejmującego możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa, która w obecnym stanie prawnym unormowana jest w art 26 ust. 3a ustawy P.z.p.) – przyjmuje się jednorazowy charakter wezwania do uzupełnienia oznaczonego braku określonego dokumentu, usankcjonowany normą art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., przy zachowaniu warunków, że treść wezwania jest jednoznaczna i jasna. Zignorowanie takiego wezwania przez wykonawcę, nie daje możliwości ponownego wezwania „o to samo” (por. sygn. KIO 1583/17).

Odnosząc się do stanowiska odwołujących, iż z wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa nie wynikało, że odwołujący mieli potwierdzić czynności dokonane przez Panią K., Izba wskazuje, że zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. wzywa do uzupełnienia pełnomocnictwa, które nie zostało dołączone do oferty. Przepisy ustawy P.z.p. nie przewidują wzywania do potwierdzenia czynności osoby działającej bez umocowania, a zamawiający nie ma obowiązku ustalania, czy osoba, która podpisała ofertę, była do tego umocowana, czy też działała bez stosowanego umocowania. Dlatego zamawiający, w sytuacji, gdy stwierdził brak pełnomocnictwa w ofercie, zasadnie wezwał wykonawcę do jego uzupełnienia. W sytuacji, gdyby okazało się, że osoba działająca w imieniu wykonawcy nie jest do tego umocowana, wykonawca – zamiast złożenia dokumentu pełnomocnictwa – winien potwierdzić czynności osoby działającej bez umocowania. Izba nie podziela przy tym stanowiska odwołującego, iż złożenie pełnomocnictwa z 9 lipca 2019 roku należało potraktować jako potwierdzenie czynności Pani H. K. Z przedłożonego dokumentu w żaden sposób nie wynikało, że odwołujący potwierdzają czynności dokonane przez Panią K. . Brak jest również podstaw do uznania, że zamawiający miał otwarty termin na potwierdzenie czynności również po czynności odrzucenia jego oferty. Izba wskazuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszelkie czynności związane z uzupełnianiem i wyjaśnieniem dokumentów należy dokonywać na wezwanie zamawiającego i w wyznaczonym przez niego terminie. Odwołujący uchybili wyznaczonemu terminowi, zatem zamawiający nie mógł uwzględnić spóźnionych czynności.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Podkreślić należy, że złożenie oferty kwalifikowane jest jako jednostronna czynność prawna. Stosownie zaś do treści art. 104 zdanie pierwsze K.c., jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez

umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Niewykazanie działania w imieniu odwołujących jest równoznaczne z działaniem bez umocowania, a zatem zamawiający zasadnie uznał ofertę odwołujących za nieważną i ją odrzucił.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

.....