

Sygn. akt: KIO 2021/10

WYROK
z dnia 29 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **17 września 2010 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Jerzego Szablowskiego, Elżbietę Szablowską prowadzących działalność gospodarczą pod firmą ZHiU „JURAND”, Jerzy i Elżbieta Szablowscy s.c., 85-032 Bydgoszcz, ul. Rejtana 9, w postępowaniu prowadzonym przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Jerzego Szablowskiego, Elżbietę Szablowską prowadzących działalność gospodarczą pod firmą ZHiU „JURAND”, Jerzy i Elżbieta Szablowscy s.c., 85-032 Bydgoszcz, ul. Rejtana 9 i nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b i nakazuje:**

- 1) zaliczyć 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 publicznego Jerzego Szablowskiego, Elżbietę Szablowską prowadzących działalność gospodarczą pod firmą ZHiU „JURAND”, Jerzy i Elżbieta Szablowscy s.c., 85-032 Bydgoszcz, ul. Rejtana 9** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 81-912 Gdynia, ul. Jana z Kolna 8b** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Jerzego Szablowskiego, Elżbietę Szablowską prowadzących działalność gospodarczą pod firmą ZHiU „JURAND”, Jerzy i Elżbieta Szablowscy s.c., 85-032 Bydgoszcz, ul. Rejtana 9** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie usług polegających na eksploatacji zleconej systemu ciepłego w WAK nr 2 Gdynia Witomino, od źródła ciepła do grzejników w budynkach, przez okres 4 lat.

8 września 2010 r. zamawiający przesłał informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wykluczył z postępowania Jerzego Szablowskiego i Elżbietę Szablowską prowadzących działalność pod firmą ZHiU „JURAND” Jerzy i Elżbieta Szablowsky s.c. w Bydgoszczy, z powodu podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie przez Jerzego Szablowskiego. Zamawiający uznał, że, skoro zgodnie z postanowieniem umowy spółki, czynności prawne powodujące powstanie praw lub zobowiązań zawierane wielokrotnie do kwoty 1.000.000. zł nie są uważane za czynności przekraczające zwykły zarząd, to, z uwagi na szacunkową wartość przedmiotu zamówienia, do złożenia wniosku niezbędna była uchwała wspólników.

Wobec wykluczenia z postępowania wykonawcy wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 września 2010 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 48 ust. 2 pkt 7), art. 50 ust. 1, art. 51 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 8) p.z.p. Wnieśli o ponowne rozpatrzenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienie decyzji odrzucenia wniosku, zaproszenia odwołujących do złożenia oferty.

Odwołujący wskazali w uzasadnieniu, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wśród dokumentów, których złożenia zażądał od wykonawców, nie wymienił pełnomocnictwa. Odwołujący wywiedli, że załączyli do wniosku umowę spółki cywilnej celem wyjaśnienia powodu złożenia wraz z wnioskiem dwóch egzemplarzy odpisu z rejestru ewidencji działalności gospodarczej i trzech egzemplarzy zaświadczeń o nie zaleganiu w opłacaniu składek ZUS oraz wykazania, że osoby

wymienione w zaświadczeniach nie prowadzą osobnych działalności gospodarczych, a wspólną. Zarzucili, że zamawiający nie może traktować umowy spółki prawa cywilnego jako pełnomocnictwa.

Odwołujący oświadczyli, że uchwała wspólników w sprawie umocowania do reprezentacji spółki przez Jerzego Szablowskiego została podjęta, lecz nie została dołączona do wniosku, gdyż zamawiający nie wymagał przedstawienia pełnomocnictwa. Podnieśli, że wraz z wnioskiem złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a także wszystkie dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków, zatem winien zostać zaproszony do złożenia oferty.

Odwołujący wskazali również, że zamawiający dokonał błędnego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 8) p.z.p., będącego podstawą prawną odrzucenia oferty. Wywiódł, że jeżeli zamawiający próbował zastosować do odrzucenia wniosku regulację 89 ust. 1 pkt 8) p.z.p. *per analogiam* to powinien również *per analogiam* na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p. żądać wyjaśnień dotyczących treści złożonego wniosku, czego nie uczynił.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Po ustaleniu w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszeniu o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 131 – 201231.

W treści ogłoszenia zamawiający nie wymagał złożenia pełnomocnictwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli umowę spółki cywilnej 16 grudnia 2005 roku.

§ 6 pkt 2 i 3 umowy stanowi, że czynności prawne powodujące powstanie praw lub zobowiązań zawierane wielokrotnie do kwoty 1.000.000. zł (słownie jeden milion) nie są uważane za czynności przekraczające zwykły zarząd. Natomiast w sprawach przekraczających zakres zwykłego zarządu wspólnicy podejmują decyzje łącznie w formie uchwały.

W informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z 8 września 2010 roku zamawiający oświadczył, wykluczył odwołujących na podstawie art. 104 k.c. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8) p.z.p. wskazując, że wniosek został podpisany przez Jerzego Szablowskiego, który nie był do tego umocowany.

Do odwołania odwołujący załączył uchwałę spółki cywilnej z 11 sierpnia 2010 r. § 2 uchwały stanowi, że pan Jerzy Szablowski będzie reprezentował wspólników w postępowaniach wymienionych w § 1. § 1 ust. 2 wskazuje badane postępowanie.

Przywołane dokumenty znajdują się w aktach sprawy lub zostały okazane w oryginale przez zamawiającego na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący są uprawnieni do wniesienia odwołania. Skoro złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu mają interes w uzyskaniu zamówienia. Czynność wykluczenia z postępowania uniemożliwia odwołującym złożenie oferty. Spełnione zostały zatem przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 p.z.p. Niewątpliwe jest uczynienie zadość przywołanemu przepisowi przez wykonawcę, składającego środki ochrony prawnej wobec czynności wykluczenia go z postępowania, również w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego.

Podnoszony przez zamawiającego brak wykazania przez odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może wpływać na możliwość oceny zarzutów odwołania dotyczących przekroczenia zakresu umocowania. Przesłanki art. 179 ust. 1 p.z.p. ocenia się w kontekście zarzutów odwołania, a zamawiający nie wykluczył odwołującego z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła przede wszystkim, że § 6 umowy spółki nie znajduje zastosowania do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Niewątpliwie złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy do kategorii zdarzeń prawnych, nie stanowi jednak czynności prawnej *sensu stricto*. Takie działanie wykonawcy stanowi działanie zbliżone do czynności prawnej lub za

czynność prawną swoistego rodzaju. Wniosek zawiera wyraźne oświadczenie wykonawcy – deklarację zamiaru ubiegania się o zamówienie. Oświadczenie takie jednak, nie tyle wprost kształtuje stosunki o charakterze cywilno prawnym między wykonawcą a zamawiającym, a stanowi przejaw woli zmierzający do ukształtowania stosunków między tymi podmiotami w przyszłości. W postępowaniu o udzielenie zamówienia dopiero złożenie oferty, w związku z zastosowaniem art. 66 i nast. k.c. w związku z art. 14 p.z.p., niesie za sobą skutek w postaci powstania więzi o charakterze obligacyjnym.

Istotą złożenia wniosku przez wykonawcę jest to, że w razie jego pomyślnej oceny przez zamawiającego, wykonawca będzie uprawniony do złożenia oferty. Uprawnienie to powstaje nie przez samo złożenie wniosku, lecz dopiero w wyniku jego oceny przez zamawiającego oraz poinformowanie przez zamawiającego o ocenie w ten sposób, że wykonawca może zapoznać się z treścią informacji. Podkreślić należy, że dopuszczenie wykonawcy do udziału w przetargu nie powoduje powstania po stronie zamawiającego roszczenia o złożenie oferty.

W żadnym więc razie wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu, o którym mowa w art. 47 p.z.p nie jest oświadczeniem woli powodującym powstanie praw lub zobowiązań. Już zatem z tego względu wykluczenie odwołujących jest wadliwe.

Bezzasadne jest też odnoszenie się przez zamawiającego do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia dla oceny prawidłowości reprezentacji odwołujących w postępowaniu. Właściwym punktem odniesienia mogłaby być wyłącznie cena oferty.

Reasumując, wskazane w § 6 umowy spółki ograniczenie reprezentacji nie dotyczy złożenia (podpisania) wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Analogiczny pogląd wyrażony został w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 8 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1263/10)

Wbrew stanowisku wyrażanemu przez zamawiającego, spółka cywilna nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 p.z.p., wykonawcą jest każdy z jej wspólników. Wykonawcy działając w formie spółki cywilnej składają ofertę wspólną. Obowiązkiem wspólników spółki cywilnej wynikającym z art. 23 ust. 2 p.z.p. jest ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pominięcie obowiązku złożenia pełnomocnictwa w treści ogłoszenia o zamówieniu

nie powoduje utraty uprawnienia zamawiającego do badania prawidłowości podpisania wniosku złożonego przez wykonawców, którzy o udzielenie zamówienia ubiegają się wspólnie. Od obowiązku tego zamawiający, nie może się zwolnić.

Podnieść trzeba, że pełnomocnictwo udzielone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie stanowi dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania i winno zostać wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający tego nie uczynił i ze swego zaniechania nie może wywodzić negatywnych skutków dla wykonawcy.

Co do zasady, umowa wspólników spółki cywilnej może być uznana za dokument ustanawiający pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 p.z.p. Skoro jednak zamawiający nie wymagał dokumentu pełnomocnictwa, nie może dokonać wykluczenia odwołującego na podstawie analizy złożonej dobrowolnie umowy. Zamawiający nie może *a priori* zakładać, że pełnomocnictwo nie zostało udzielone w innym dokumencie. Jest natomiast uprawniony do wyjaśnienia treści umowy spółki cywilnej na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p.

Wydaje się, że wobec obowiązku ustanowienia pełnomocnika wynikającego wprost z ustawy oraz pisemnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający jest uprawniony do zastosowania w drodze analogii art. 26 ust. 3 p.z.p. Takie działanie urzeczywistniałoby *ratio legis* przywołanego przepisu dającego możliwość uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Do rozważenia pozostaje również możliwość potwierdzenia przez wykonawców czynności pełnomocnika zgodnie z art. 103 § 1 i 2 oraz art. 104 zd. 2 k.c. w związku z art. 14 p.z.p.

Treść uchwały wspólników w sprawie umocowania do reprezentacji spółki przez pana Jerzego Szablowskiego w postępowaniu przetargowym z 11 sierpnia 2010 r. odpowiada treści art. 23 ust. 2 p.z.p. Zamawiający otrzymałby ją lub powziął wiedzę o jej istnieniu, gdyby skorzystał z przewidzianych w przepisach uprawnień, czego zaniechał.

Reasumując, zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie. Zamawiający wadliwie wykluczył odwołującego z postępowania, czym naruszył art. 48 ust. 2 pkt 7), art. 50 ust. 1 p.z.p.

Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający mają wpływ na

wynik postępowania. W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 p.z.p. uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) p.z.p. Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

.....