

WYROK
z dnia 24 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2019 r. i 24 stycznia 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A w dniu **17.12.2018 r.** w zakresie części 2 zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Ekspert Security Spółka z o.o., ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, Team Consulting Spółka z o.o., ul. Magazynowa 11a lok. 63, 02-652 Warszawa** oraz **Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Fryderyka Szopena 3, 22-400 Zamość (sygn. akt KIO 2584/18)**

B. w dniu **17.12.2018 r.** w zakresie części 1 zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Ekspert Security Spółka z o. o., ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, 02-593 Warszawa; Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o. o. Spółka komandytowa, ul. Fryderyka Szopena 3, 22-400 Zamość; Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” spółka z o. o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa** oraz **KASTA spółka z o. o., ul. Leśna 17C/ 24, 05-110 Jabłonna (sygn. akt KIO 2586/18)**

A przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Solid Security Spółka z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** oraz **Solid Spółka z o.o., ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego (KIO 2584/18)

B. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Solid Security Spółka z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** oraz **Solid Spółka z o.o., ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego (KIO 2586/18)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, Ministerstwo Obrony Narodowej** reprezentowanego przez **23 Bazę Lotnictwa Taktycznego, 05-300 Mińsk Mazowiecki** w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Ochrona fizyczna osób i mienia, realizowana przez SUFO, na rzecz jednostek wojskowych”.

orzeka:

1. uwzględnić oba odwołania w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 82 ust. 3 oraz art. 26 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2 zamówienia oraz nakazuje wezwanie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Solid Security Spółka z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** oraz **Solid Spółka z o.o., ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków** do uzupełnienia pełnomocnictwa do złożenia oferty w zakresie obu części zamówienia, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem konsekwencji nakazanej czynności. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2584/18 w wysokości

18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Skarb Państwa, Ministerstwo Obrony Narodowej, 23 Baza Lotnictwa Taktycznego, 05-300 Mińsk Mazowiecki** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Ekspert Security Spółka z o.o., ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, Team Consulting Spółka z o.o., ul. Magazynowa 11a lok. 63, 02-652 Warszawa** oraz **Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Fryderyka Szopena 3, 22-400 Zamość (sygn. akt KIO 2584/18)** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego **Skarbu Państwa, Ministerstwo Obrony Narodowej, 23 Baza Lotnictwa Taktycznego, 05-300 Mińsk Mazowiecki** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Ekspert Security Spółka z o.o., ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, Team Consulting Spółka z o.o., ul. Magazynowa 11a lok. 63, 02-652 Warszawa** oraz **Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Fryderyka Szopena 3, 22-400 Zamość** kwotę w wysokości

18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed Izbą.

3. kosztami postępowania w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2586/18 w wysokości

18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Skarb Państwa, Ministerstwo Obrony Narodowej, 23 Baza Lotnictwa Taktycznego, 05-300 Mińsk Mazowiecki** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Ekspert Security Spółka z o. o., ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, 02-593 Warszawa; Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o. o. Spółka komandytowa, ul. Fryderyka Szopena 3, 22-400 Zamość; Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” spółka z o. o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa** oraz **KASTA spółka z o. o., ul. Leśna 17C/ 24, 05-110 Jabłonna (sygn. akt KIO 2586/18)** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego - **Skarbu Państwa, Ministerstwo Obrony Narodowej, 23 Baza Lotnictwa Taktycznego, 05-300 Mińsk Mazowiecki** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Ekspert Security Spółka z o. o., ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, 02-593**

Warszawa; Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o. o. Spółka komandytowa, ul. Fryderyka Szopena 3, 22-400 Zamość; Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” spółka z o. o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa oraz KASTA spółka z o. o., ul. Leśna 17C/ 24, 05-110 Jabłonnąkwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przed Izbą.

4. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 24 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2584/18 i KIO 2586/18

Zamawiający – 23 Baza Lotnictwa taktycznego, 05-300 Mińsk Mazowiecki prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Ochrona fizyczna osób i mienia, realizowana przez SUFO, na rzecz jednostek wojskowych”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 04.08.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 149 - 343336.

KIO 2584/18

W dniu 07.12.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17.12.2018 r. w formie pisemnej w zakresie części 2 zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Ekspert Security Spółka z o.o., ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, Team Consulting Spółka z o.o., ul. Magazynowa 11a lok. 63, 02-652 Warszawa oraz Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Fryderyka Szopena 3, 22-400 Zamość.

wnosząc odwołanie od czynności dokonanych przez Zamawiającego polegających na:

(i) wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum w skład którego wchodzi Solid Security sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz Solid sp. z o.o. (Członek konsorcjum)(dalej łącznie jako „Konsorcjum Solid”) w zakresie Części nr 2 w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

Niniejszym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

a) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Solid, pomimo że treść tej ofert nie odpowiadała treści SIWZ;

b) art. 26 ust. 3a Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Solid do uzupełnienia oryginału lub kopii notarialnie poświadczonych pełnomocnictw lub innych dokumentów, z których wynikałoby umocowanie do występowania w imieniu tego konsorcjum;

c) art. 7 ust 1 i 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia mogą mieć lub mają wpływ na wynik Postępowania, Odwołujący wnosi o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej;

3) dokonanie ponownej oceny złożonych ofert w Postępowaniu;

4) dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Solid z przyczyn wskazanych w odwołaniu;

5) wykluczenia oferty Konsorcjum Solid jako oferty, która nie została prawidłowo złożona oraz dokonania czynności uznania oferty złożonej przez Konsorcjum Solid za odrzuconą;

6) dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty;

7) zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Ewentualnie w przypadku nie podzielenia stanowiska Odwołującego, że oferta złożona przez Konsorcjum Solid podlega wykluczeniu:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej

3) nakazanie Zamawiającemu do wezwania Konsorcjum Solid na podstawie art. 26 ust 3a Pzp do złożenia oryginału lub kopii poświadczonych notarialnie pełnomocnictw udzielonego osobie podpisującej ofertę,

4) dokonanie ponownej oceny złożonych ofert w Postępowaniu.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwe, naruszające zasadę uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezgodne z Pzp dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum Solid co doprowadziło bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości wyboru złożonej przez niego w Postępowaniu oferty jako najkorzystniejszej, pozyskaniu 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 przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta złożona w Postępowaniu przez Odwołującego zostanie uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji oferta Odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą oraz doprowadzi do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego. Wskazać należy, iż niezgodne z ustawą Pzp nie wykluczenie Odwołującego doprowadziło do nieudzielenia mu zamówienia, mimo iż posiada on doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania oraz dokonanie odpowiedniej opłaty.

Jak podniósł Odwołujący czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej w Postępowaniu została dokonana w dniu 7 grudnia 2018 roku. W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

W ramach uzasadnienia zostało wskazane, że w dniu 7 grudnia 2018 roku Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz zawiadomił w dniu 7 grudnia 2018 roku Konsorcjum o wyborze najkorzystniejszej oferty. W wyniku dokonania przez Zamawiającego szeregu czynności naruszających Ustawę (opisanych w odwołaniu) Zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego działania i czynności podejmowane przez Zamawiającego w tym zakresie rażąco naruszają przepisy Ustawy, w tym w szczególności zasady uczciwej konkurencji i podejmowane były w celu uniemożliwienia Odwołującemu uzyskania zamówienia.

Odwołujący złożył bowiem ofertę, która plasuje się na drugim miejscu w kolejności - według przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Zważywszy jednak na to, że Konsorcjum Solid, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego, to w przypadku prawidłowej jego oceny powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, gdyż oferta Konsorcjum Solid (jak i wcześniej wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu) zostały podpisane przez osobę nie posiadającą właściwego pełnomocnictwa. Odwołujący wskazuje, że obydwa pełnomocnictwa zostały opatrzone zamiast podpisem własnoręcznym, mechanicznym odtworzeniem podpisów (tzw. faksymile).

Stan faktyczny sprawy. Opis przebiegu postępowania w zakresie niezbędnym do wskazania naruszeń prawa przez Zamawiającego.

a) w dniu 4 sierpnia 2018 roku Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2018/S149-343336);

b) w dniu 7 grudnia 2018 roku Zamawiający powiadomił Wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej.

I. Zarzut podpisania oferty wybranej jako najkorzystniejsza przez osobę nieposiadającą właściwego pełnomocnictwa, co winno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez Konsorcjum Solid

Zamawiający w pkt 1.2 w Rozdziale X SIWZ przyjął, że Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobowiązany jest złożyć pełnomocnictwo dla osób podpisujących ofertę, o ile fakt ten nie wynika z przedstawionych dokumentów rejestrowych (oryginał lub kopia poświadczona notarialnie).

Tymczasem oferta złożona przez Konsorcjum Solid (podobnie jak wcześniej wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu - o czym Konsorcjum powzięło wiedzę dopiero po otrzymaniu dostępu do ofert) została podpisana przez osobę nieposiadającą właściwego pełnomocnictwa. Odwołujący wskazuje, że pełnomocnictwo zostało opatrzone podpisem upoważnionych osób do jego udzielenia w postaci mechanicznego odtworzeniem podpisów (tzw. faksymile), zatem nie spełnia ww. wymogu SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Prawo zamówień publicznych nie reguluje kwestii udzielania pełnomocnictw, dlatego też należy odnosić się w tym zakresie do przepisów kodeksu cywilnego. W tym miejscu wypada więc przywołać stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 10 kwietnia 2008 roku (sygn. akt IV CZ 23/08) zgodnie z którym ..podpis mechaniczny (faksymile) może zastąpić podpis na dokumencie tylko wtedy, gdy przepis szczególny tak stanowi.

W innych wypadkach faksymile nie może być uważane za spełniające wymaganie złożenia podpisu. W uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 30 grudnia 1993 r., III CZP 146/1993 (OSNC 1994, nr 5, poz. 94) Sąd Najwyższy podkreślił, że podpisem jest wyłącznie znak napisany. Takie rozumienie interpretowanego pojęcia odpowiada wynikowi analizy semantycznej słowa „podpis”, w którym akcent trzeba położyć na określonej w nim czynności - pisać. Nie jest więc podpisem tuszowy odcisk palca, z którym ustawa - przy zachowaniu pozostałych wymagań określonych w art. 79 k.c. - wiąże jedynie skutki prawne przewidziane dla podpisu. Wobec warunku własnoręczności, o którym mowa w art. 78 k.c., nie jest również podpisem, a jedynie jego kopia, faksymile, który może być odcisnięty na dokumencie przez inną osobę."

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy przyjąć, że złożone przez Konsorcjum Solid pełnomocnictwo załączone do oferty nie spełnia wymogu określonego w SIWZ, gdyż podpis pod nim złożony w postaci faksymile nie pozwala na uznanie przedstawionego przez tego wykonawcę dokumentu pełnomocnictwa za oryginał.

Oznacza to, w ocenie Odwołującego, że zastosowanie znajduje w tym przypadku art. 89 ust 1 pkt 8 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Dotyczy to przede wszystkim niezgodności oferty z przepisami Kodeksu cywilnego dotyczącymi wad oświadczenia woli, takich jak błąd, złożenie oferty dla pozorów lub pod groźbą, a także niewykazanie umocowania do złożenia oferty, bezprawność czynności. Stanowisko takie znajduje także potwierdzenie w poglądach doktryny [tak: E. Nowicki Prawo zamówień publicznych, Komentarz Aktualizowany, LEX 2018]. Oznacza to, że oferta złożona w Postępowaniu przez Konsorcjum Solid powinna zostać odrzucona.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Solid na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp do złożenia oryginału lub kopii poświadczonych notarialnie dokumentu pełnomocnictwa uprawniającego osobę podpisującą ofertę do reprezentowania tego konsorcjum. Zgodnie z powołanym powyżej przepisem 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.

Jak wskazał Odwołujący jeżeli bowiem, brak wezwania do uzupełnienia dokumentów byłoby podyktowane treścią art. 26 ust 3a Pzp, który umożliwia zaniechanie wezwania wykonawcy do poprawnego dokumentu pełnomocnictwa, jeżeli mimo jego złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, to Zamawiający zobligowany byłby po podjęcia innych czynności. Tymczasem pomimo tego uchybienia, Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Solid, która z uwagi na jej rażącą niezgodność z przepisami Pzp i SIWZ winna zostać na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp odrzucona.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nie podzielenia przez Izbę argumentacji dotyczącej konieczności wykluczenia Konsorcjum Solid z Postępowania, Odwołujący wnosi o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Solid na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp do złożenia oryginału lub kopii poświadczonych notarialnie pełnomocnictwa udzielonego osobie podpisującej ofertę i przeprowadzenia ponownej oceny ofert.

Niemniej Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający świadomie i celowo żądał złożenia pełnomocnictwa w oryginale lub kopii notarialnie poświadczonych (czyli równoważnej oryginałowi), gdyż chciał mieć pewność, iż pełnomocnik

jest faktycznie uprawniony do podpisania oferty w imieniu mocodawcy.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności przesądają jednocześnie o nieważności oferty Konsorcjum Solid na podstawie odrębnych przepisów, tj. na podstawie art. 104 zdanie pierwsze k.c. W rezultacie uznać trzeba, że osoba podpisująca ofertę w imieniu Konsorcjum Solid nie była umocowana do działania w jego imieniu i działał w jego imieniu jako rzekomy pełnomocnik, czyli bez umocowania. Jak się powszechnie przyjmuje w orzecznictwie i literaturze przedmiotu jeśli na podstawie nieważnego pełnomocnictwa w imieniu mocodawcy dokonana zostanie czynność prawna, zastosowanie znajdują art. 103 i 104 k.c. Zgodnie z art. 104 zdanie pierwsze k.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Tym samym ofertę złożoną przez tego wykonawcę uznać należy za nieważną, gdyż jest to jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania.

Odnosnie zdania drugiego art. 104 k.c., zgodnie z którym 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, wskazać trzeba, że w tej sprawie Zamawiający nie zgodził się na działanie bez umocowania. Powyższe wynika w sposób oczywisty z przytoczonych powyżej fragmentów SIWZ, przede wszystkim z Rozdziału X pkt 1.2 SIWZ. Tym samym zastosowanie zdania drugiego art. 104 k.c. nie wchodzi w rachubę.

II. Zarzut nieprawidłowego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Solid

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Jak zostało wykazane powyżej oferta złożona przez Konsorcjum Solid podlega odrzuceniu, natomiast Konsorcjum Solid podlega wykluczeniu z Postępowania. W tej sytuacji Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Co więcej, po odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum Solid, jak i po wykluczeniu tego konsorcjum z Postępowania i dokonaniu ponownej oceny ofert, oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu.

III. Rekapitulacja stanowiska Odwołującego

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający podjął szereg bezpodstawnych czynności, które w konsekwencji doprowadziły do uniemożliwienia Odwołującemu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i w konsekwencji realizacji zamówienia, tj.:

a) zaniechał rzetelnej oceny i badania ofert złożonych w Postępowaniu;

b) w dniu 7 grudnia 2018 roku dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez Konsorcjum Solid, pomimo że była ona podpisana przez osobę, która nie była umocowana do działania w imieniu Konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego każda z ww. czynności podjęta została bez uzasadnienia (faktycznego lub prawnego), z naruszeniem przepisów Ustawy.

Czynności podejmowane przez Zamawiającego, tj. niewykluczenie oferty Konsorcjum Solid pomimo podstaw do dokonania tej czynności oraz błędne niewybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, prowadzą do przekonania, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu prawa zamówień publicznych. Tym samym Wykonawca został pozbawiony możliwości powierzenia mu realizacji przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione.

KIO 2586/18

W dniu 07.12.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17.12.2018 r. w formie pisemnej w zakresie części 1 zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum:

1. Ekspert Security Spółka z o. o., ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, 02-593 Warszawa;

2. Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o. o. Spółka komandytowa, ul. Fryderyka Szopena 3, 22-400 Zamość;

3. Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” spółka z o. o., ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa 4. KASTA spółka z o. o., ul. Leśna 17C/ 24, 05-110 Jabłonna

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności dokonanych przez Zamawiającego polegających na:

(i) wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum w skład którego wchodzi Solid Security sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz Solid sp. z o.o. (Członek konsorcjum) (dalej łącznie jako „Konsorcjum Solid”) w zakresie Części nr 1 w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

Niniejszym zarzucam Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

a) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Solid, pomimo że treść tej ofert nie odpowiadała treści SIWZ;

b) art. 26 ust. 3a Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Solid do uzupełnienia oryginału lub kopii notarialnie poświadczonych pełnomocnictw lub innych dokumentów, z których wynikałoby umocowanie do występowania w imieniu tego konsorcjum;

c) art. 7 ust 1 i 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia mogą mieć lub mają wpływ na wynik Postępowania, Odwołujący wnosi o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej;

3) dokonanie ponownej oceny złożonych ofert w Postępowaniu;

4) dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Solid z przyczyn wskazanych w odwołaniu;

5) wykluczenia oferty Konsorcjum Solid jako oferty, która nie została prawidłowo złożona oraz dokonania czynności uznania oferty złożonej przez Konsorcjum Solid za odrzuconą;

6) dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty;

7) zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Eventualnie w przypadku nie podzielenia stanowiska Odwołującego, że oferta złożona przez

Konsorcjum Solid podlega wykluczeniu:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej

3) nakazanie Zamawiającemu do wezwania Konsorcjum Solid na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp do złożenia oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie pełnomocnictwa udzielonego osobie podpisującej ofertę,

4) dokonanie ponownej oceny złożonych ofert w Postępowaniu.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwe, naruszające zasadę uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezgodne z Pzp dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum Solid co doprowadziło bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości wyboru złożonej przez niego w Postępowaniu oferty jako najkorzystniejszej, pozyskaniu 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 przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta złożona w Postępowaniu przez Odwołującego zostanie uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji oferta Odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą oraz doprowadzi do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego. Wskazał należy, iż niezgodne z ustawą Pzp nie wykluczenie Odwołującego doprowadziło do nieudzielenia mu zamówienia, mimo iż posiada on doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Jak wskazał Odwołujący czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej w Postępowaniu została dokonana w dniu 7 grudnia 2018 roku. W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

W ramach uzasadnienia odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 7 grudnia 2018 roku Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz zawiadomił w dniu 7 grudnia 2018 roku Konsorcjum o wyborze najkorzystniejszej oferty. W wyniku dokonania przez Zamawiającego szeregu czynności naruszających Ustawę (opisanych w odwołaniu) Zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego działania i czynności podejmowane przez Zamawiającego w tym zakresie rażąco naruszają przepisy Ustawy, w tym w szczególności zasady uczciwej konkurencji i podejmowane były w celu uniemożliwienia Odwołującemu uzyskania zamówienia.

Odwołujący złożył bowiem ofertę/ która plasuje się na drugim miejscu w kolejności - według przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Zważywszy jednak na to, że Konsorcjum Solid/ którego oferta została wybrana przez Zamawiającego/ to w przypadku prawidłowej jego oceny powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, gdyż oferta Konsorcjum Solid (jak i wcześniej wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu) zostały podpisane przez osobę nie posiadającą właściwego pełnomocnictwa. Odwołujący wskazuje, że obydwie pełnomocnictwa zostały opatrzone zamiast podpisem własnoręcznym, mechanicznym odtworzeniem podpisów (tzw. faksymile).

Stan faktyczny sprawy. Opis przebiegu postępowania w zakresie niezbędnym do wskazania naruszeń prawa przez Zamawiającego.

a) w dniu 4 sierpnia 2018 roku Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2018/S149-343336);

b) w dniu 7 grudnia 2018 roku Zamawiający powiadomił Wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum Solid jako najkorzystniejszej.

I. Zarzut podpisania oferty wybranej jako najkorzystniejsza przez osobę nieposiadającą właściwego pełnomocnictwa, co winno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez Konsorcjum Solid

Zamawiający w pkt 1.2 w Rozdziale X SIWZ przyjął, że Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobowiązany jest złożyć pełnomocnictwo dla osób podpisujących ofertę, o ile fakt ten nie wynika z przedstawionych dokumentów rejestrowych (oryginał lub kopia poświadczona notarialnie).

Tymczasem oferta złożona przez Konsorcjum Solid (podobnie jak wcześniej wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu - o czym Konsorcjum powzięło wiedzę dopiero po otrzymaniu dostępu do ofert) została podpisana przez osobę nieposiadającą właściwego pełnomocnictwa. Odwołujący wskazuje, że pełnomocnictwo zostało opatrzone podpisem upoważnionych osób do jego udzielenia w postaci mechanicznego odtworzeniem podpisów (tzw. faksymile), zatem nie spełnia ww. wymogu SIWZ.

Zauważyć należy, że Prawo zamówień publicznych nie reguluje kwestii udzielania pełnomocnictw, dlatego też należy odnosić się w tym zakresie do przepisów kodeksu cywilnego. W tym miejscu wypada więc przywołać stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 10 kwietnia 2008 roku (sygn. akt IV CZ 23/08) zgodnie z którym „podpis mechaniczny (faksymile) może zastąpić podpis na dokumencie tylko wtedy, gdy przepis szczególny tak stanowi.

W innych wypadkach faksymile nie może być uważane za spełniające wymaganie złożenia podpisu. W uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 30 grudnia 1993 r., III CZP 146/1993 (OSNC 1994, nr 5, poz. 94) Sąd Najwyższy podkreślił, że podpisem jest wyłącznie znak napisany. Takie rozumienie interpretowanego pojęcia odpowiada wynikowi analizy semantycznej słowa „podpis”, w którym akcent trzeba położyć na określonej w nim czynności - pisać. Nie jest więc podpisem tuszowy odcisk palca, z którym ustawa - przy zachowaniu pozostałych wymagań określonych w art. 79 k.c. - wiąże jedynie skutki prawne przewidziane dla podpisu. Wobec warunku własnoręczności, o którym mowa w art. 78 k.c., nie jest również podpisem, a jedynie jego kopia, faksymile, który może być odcisnięty na dokumencie przez inną osobę.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy przyjąć, że złożone przez Konsorcjum Solid pełnomocnictwo załączone do oferty nie spełnia wymogu określonego w SIWZ, gdyż podpis pod nim złożony w postaci faksymile nie pozwala na uznanie przedstawionego przez tego wykonawcę dokumentu pełnomocnictwa za oryginał.

Oznacza to, że zastosowanie znajduje w tym przypadku art. 89 ust 1 pkt 8 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Dotyczy to przede wszystkim niezgodności oferty z przepisami Kodeksu cywilnego dotyczącymi wad oświadczenia woli, takich jak błąd, złożenie oferty dla pozorów lub pod groźbą, a także niewykazanie umocowania do złożenia oferty, bezprawność czynności. Stanowisko takie znajduje także potwierdzenie w poglądach doktryny [tak: E. Nowicki Prawo

zamówień publicznych, Komentarz Aktualizowany, LEX 2018]. Oznacza to, że oferta złożona w Postępowaniu przez Konsorcjum Solid powinna zostać odrzucona.

W tym miejscu wskazać także należy, że Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Solid na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp do złożenia oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie dokumentu pełnomocnictwa uprawniającego osobę podpisującą ofertę do reprezentowania tego konsorcjum. Zgodnie z powołanym powyżej przepisem 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.

Jeżeli bowiem, brak wezwania do uzupełnienia dokumentów byłoby podyktowane treścią art. 26 ust 3a Pzp, który umożliwia zaniechanie wezwania wykonawcy do poprawnego dokumentu pełnomocnictwa, jeżeli mimo jego złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, to Zamawiający zobligowany byłby po podjęciu innych czynności. Tymczasem pomimo tego uchybienia, Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Solid, która z uwagi na jej rażącą niezgodność z przepisami Pzp i SIWZ winna zostać na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp odrzucona.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nie podzielenia przez Izbę argumentacji dotyczącej konieczności wykluczenia Konsorcjum Solid z Postępowania, Odwołujący wnosi o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Solid na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp do złożenia oryginału lub kopii poświadczonych notarialnie pełnomocnictw udzielonych osobie podpisującej ofertę i przeprowadzenia ponownej oceny ofert.

Niemniej Odwołujący chciałby zwrócić uwagę, że Zamawiający świadomie i celowo żądał złożenia pełnomocnictwa w oryginale lub kopii notarialnie poświadczonych (czyli równoważnej oryginałowi), gdyż chciał mieć pewność, iż pełnomocnik jest faktycznie uprawniony do podpisania oferty w imieniu mocodawcy.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności przesądzają jednocześnie o nieważności oferty Konsorcjum Solid na podstawie odrębnych przepisów, tj. na podstawie art. 104 zdanie pierwsze k.c. W rezultacie uznać trzeba, że osoba podpisująca ofertę w imieniu Konsorcjum Solid nie była umocowana do działania w jego imieniu i działała w jego imieniu jako rzekomy pełnomocnik, czyli bez umocowania. Jak się powszechnie przyjmuje w orzecznictwie i literaturze przedmiotu jeśli na podstawie nieważnego pełnomocnictwa w imieniu mocodawcy dokonana zostanie czynność prawna, zastosowanie znajdują art. 103 i 104 k.c. Zgodnie z art. 104 zdanie pierwsze k.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Tym samym ofertę złożoną przez tego wykonawcę uznać należy za nieważną, gdyż jest to jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania.

Odnosnie zdania drugiego art. 104 k.c., zgodnie z którym 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, wskazać trzeba, że w tej sprawie Zamawiający nie zgodził się na działanie bez umocowania. Powyższe wynika w sposób oczywisty z przytoczonych powyżej fragmentów SIWZ, przede wszystkim z Rozdziału X pkt 1.2 SIWZ. Tym samym zastosowanie zdania drugiego art. 104 k.c. nie wchodzi w rachubę.

II. Zarzut nieprawidłowego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Solid

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Jak zostało wykazane powyżej oferta złożona przez Konsorcjum Solid podlega odrzuceniu, natomiast Konsorcjum Solid podlega wykluczeniu z Postępowania. W tej sytuacji Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Co więcej, po odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum Solid, jak i po wykluczeniu tego konsorcjum z Postępowania i dokonaniu ponownej oceny ofert, oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu.

III. Rekapitulacja stanowiska Odwołującego

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający podjął szereg bezpodstawnych czynności, które w konsekwencji doprowadziły do uniemożliwienia Odwołującemu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i w konsekwencji realizacji zamówienia, tj.:

a) zaniechał rzetelnej oceny i badania ofert złożonych w Postępowaniu;

b) w dniu 7 grudnia 2018 roku dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez Konsorcjum Solid, pomimo że była ona podpisana przez osobę, która nie była umocowana do działania w imieniu Konsorcjum.

Każda z ww. czynności podjęta została bez uzasadnienia (faktycznego lub prawnego), z naruszeniem przepisów Ustawy.

Czynności podejmowane przez Zamawiającego, tj. niewykluczenie oferty Konsorcjum Solid pomimo podstaw do dokonania tej czynności oraz błędne niewybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, prowadzą do przekonania, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu prawa zamówień publicznych. Tym samym Wykonawca został pozbawiony możliwości powierzenia mu realizacji przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert kwestionując wybór jako najkorzystniejszej w obu częściach postępowania oferty złożonej przez Przystępującego. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba postanowiła z urzędu powołać dowód z opinii biegłego grafologa, którego ocena zostanie przedstawiona w

dalszej części uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 sierpnia 2018 roku Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2018/S149-343336).

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest ochrona fizyczna osób i mienia, realizowana przez SUFO na rzecz jednostek obronnych, które zostało podzielone na dwie części.

Zamawiający w treści SIWZ w pkt 1.2 w Rozdziale X przyjął, że Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobowiązany jest złożyć pełnomocnictwo dla osób podpisujących ofertę, o ile fakt ten nie wynika z przedstawionych dokumentów rejestrowych (oryginał lub kopia poświadczona notarialnie).

W ramach obu części swoją ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Solid Security Spółka z o.o. oraz Solid Spółka z o.o. Oferta ww. Konsorcjum została podpisana przez Panią J. B. – specjalistę ds. zamówień publicznych Działu handlowego, która to osoba nie widnieje w dokumentach rejestrowych jako osoba uprawniona do reprezentowania któregośkolwiek z członków Konsorcjum.

Wraz z powyższą ofertą na str. 14 oferty zostało złożone pełnomocnictwo z dnia 23.11.2018 r. udzielone dla Pani J. B., które zostało dwukrotnie opatrzone podpisami wraz z pieczęciami o treści „Prezesa Zarządu – P. K.”.

W dniu 7 grudnia 2018 roku Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w tym samym dniu zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty (w zakresie obu części zamówienia).

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł dwa odrębne odwołania dla każdej części zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym oba rozpoznawane odwołania zasługują na uwzględnienie.

Ze względu na tożsamość przedmiotową zarzutów zróżnicowanych jedynie w zakresie części prowadzonego postępowania Izba oba odwołania rozpoznała łącznie, przedstawiając w stosunku do nich analogiczną argumentację faktyczną oraz prawną.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesione w treści złożonych odwołań zarzuty w postaci art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Zasługują zaś na uwzględnienie zarzuty z art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 82 ust. 3 oraz art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.

KIO 2584/18 i KIO 2586/18

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przedmiotem oceny w ramach środków ochrony prawnej (a więc podniesionych w odwołaniu zarzutów) jest czynność podmiotu zamawiającego. Wobec powyższego wszelkie działania Stron i uczestników postępowania odwoławczego przedsięwzięte przed Izbą i mające jedynie charakter procesowy (poza cofnięciem odwołania lub uwzględnieniem zarzutów), co do zasady nie wpływają na stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszym wypadku za taką czynność pozostającą bez wpływu na treść orzeczenia Izby uznać należy złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 02.01.2019 r. (Wpływ w dniu 02.01.2019 r. Dzk-KIO-30/19) potwierdzenie przedstawiciela wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Solid Security Spółka z o.o. oraz Solid Spółka z o.o. odnoszące się do umocowania Pani J. B. do działania w imieniu wykonawców, w tym czynności złożenia oferty w niniejszym postępowaniu (potwierdzenie Pana P. K. – Prezesa Zarządu obu członków konsorcjum pełnomocnictwa dla pani J. B.). Wynika to z faktu, że przedmiotem oceny w toku postępowania odwoławczego są czynności podmiotu zamawiającego przedsięwzięte na moment wniesienia odwołania, gdyż to one stanowią przedmiot zarzutów podniesionych w drodze środka ochrony prawnej.

Izba oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy uznała, że ocena tego materiału w kontekście podniesionych zarzutów wymaga wiadomości specjalnych, co poskutkowało powołaniem z urzędu dowodu z opinii biegłego.

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego nawet posiadanie przez sąd w tym przypadku skład orzekający Izby wiedzy i wiadomości specjalnych umożliwiających ocenę zgromadzonego materiału dowodowego, nie jest przesłanką odstąpienia od powołania biegłego, gdyż powyższe spowodowałoby odebranie stronom postępowania prawa do polemiki z taką oceną dokonaną przez sąd. Nadto strony i uczestnicy postępowania informację o tej ocenie, jej prawidłowości i przebiegu rozumowania o faktach, uzyskałyby dopiero na etapie uzasadnienia wydanego orzeczenia. Oznacza to, iż organ orzekający nie może wykorzystać posiadanej wiedzy specjalistycznej, gdyż powyższe właśnie stanowiłoby rażące naruszenia zasady kontrydiktoryjności postępowania i bezstronności składu orzekającego. Takie postępowanie odbierałoby stronom prawo do udowodnienia swoich twierdzeń, w tym przedkładania dowodów na odparcie dowodów strony przeciwnej, jak również uniemożliwiałoby odniesienie się do oceny zgromadzonego materiału dowodowego, którego ocena wymaga wiadomości specjalnych i tym samym weryfikacji tej oceny przy użyciu własnych ekspertów mogących ewentualnie podważyć i zakwestionować zawarte w opinii biegłego wnioski i sposób ich uzyskania.

Na powyższe wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 października 2011 r. (sygn. akt III CSK 3/11) wskazując, że: *„Jeżeli rozstrzygnięcie sprawy wymaga wiadomości specjalnych, tj. wykraczających poza zakres wiedzy powszechnie dostępnej przeciętnie wykształconemu ogółowi, to zawioskowany dowód z opinii biegłego powinien być przeprowadzony, choćby ktokolwiek ze składu orzekającego takie wiadomości posiadał. Odmienne stanowisko pozbawiłoby strony możliwości stawiania pytań i krytyki określonego poglądu i prowadziłoby do niedopuszczalnego połączenia funkcji sędziego i biegłego.”* Teza ta potwierdzona jest także innymi orzeczeniami Sądu Najwyższego, w tym w wyroku z dnia 19 grudnia 1990 r., (sygn. akt I PR 148/90, OSP 1991, nr 11, poz. 300) i z dnia 18 lipca 1975 r., (sygn. akt I CR 331/75, LEX nr 7729).

A zatem o konieczności powołania dowodu z opinii biegłego decydują okoliczności danej sprawy (istnienie faktów, których ocena wymaga wiedzy specjalistycznej) oraz sama zasada kontrydiktoryjności, na co wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 13 września 2012 r. sygn. akt V CSK 381/11. W jego uzasadnieniu Sąd wskazał, iż *„kontrydiktoryjność procesu wymaga zapewnienia, aby strony mogły przedstawić swoje racje i dowody istotne dla*

rozstrzygnięcia sprawy na rozprawie, z możliwością ustosunkowania się do nich. Zamknięcie rozprawy jest możliwe dopiero, gdy postępowanie dowodowe zostanie zakończone. Wyjątek w art. 224 § 2 k.p.c. dotyczy takich okoliczności, które nie wymagają rozprawy. Nie należy do nich przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, nawet jeśli opinia ta ma być tylko uzupełniona, ale stanowi podstawowy dowód rozstrzygnięcia w zakresie wysokości odszkodowania, która to wysokość, jak i samo odszkodowanie są kwestionowane przez pozwanego." W powyższym orzeczeniu Sąd Najwyższy wskazał ponadto, iż wadliwość postępowania dowodowego powoduje, że strona została pozbawiona możliwości obrony swych praw.

Istotą dowodu z opinii biegłego jest ocena zgromadzonego materiału dowodowego

z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, a nierzadko prawidłowa identyfikacja faktów – jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. Biegły bowiem nie tylko ocenia fakty przy uwzględnieniu wiadomości specjalnych, ale również pozwala ustalić stan faktyczny, tj. dostrzega on fakty, których bez wiadomości specjalnych dostrzec nie sposób.

Tak też wskazał w wyroku z dnia 20 stycznia 2012 r. Sąd Najwyższy (sygn. akt I CSK 200/11), gdzie wyraził pogląd, iż: „dowód z opinii biegłego nie służy uzupełnieniu twierdzeń strony o faktach czy nawet do czynienia ustaleń w zakresie faktów możliwych do stwierdzenia na podstawie innych środków dowodowych. Dowód ten może być wykorzystany do weryfikowania wymagających wiedzy specjalnej powiązań między ustalonymi faktami albo do wyprowadzenia z tych faktów wniosków, których sformułowanie wymaga wiedzy specjalistycznej (art. 278 k.p.c.).”

Co do samej inicjatywy dowodowej w przedmiocie powołania dowodu z opinii biegłego wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r. (sygn. akt V CSK 382/10) wskazując, że: „w sytuacji, w której uzyskanie wiadomości specjalnych zapewnia wyłącznie opinia biegłego, to w braku odpowiedniej inicjatywy dowodowej strony niedopuszczenie dowodu z takiej opinii stanowi naruszenie art. 232 zd. drugie k.p.c., gdy przeprowadzenie przez sąd z urzędu tego dowodu stanowi jedyny sposób przeciwdziałania niebezpieczeństwu oczywiście nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, podważającego funkcję procesu.” Analogicznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 kwietnia 2012 r. (sygn. akt V CSK 202/11).

Zgodnie z art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba ma prawo dopuścić dowód niewskazany przez stronę, natomiast art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że rozprawę zamyka się, jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Przepisy te oznaczają, iż w procedurze odwoławczej przed Izbą obowiązuje nie tylko kontradiktoryjność jako taka i jako cel postępowania sam w sobie, ale przede wszystkim dążenie do prawdy materialnej (obiektywnej). Jest to bardzo słuszne założenie ustawodawcy, biorąc pod uwagę wagę spraw, które rozpatruje Izba, oraz to, że dotyczą one wydatkowania środków publicznych, zatem powinny być rozpatrywane z wyjątkową starannością. To, że Izba nie ma obowiązku wymuszania na stronach ani zastępowania stron w wypełnianiu obowiązku przedstawiania dowodów – co jest oczywiste – nie oznacza, że w przypadku, kiedy uzna to za wskazane dla rzetelności rozpoznania środka ochrony prawnej, nie może powołać dowodu z urzędu (analogicznie jak sąd).

Za powołaniem z urzędu dowodu z opinii biegłego przemówiły również stanowiska Przystępującego i Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, którzy wskazali, że do oceny okoliczności, czy mamy do czynienia z podpisem własnoręcznym, czy też jego odwzorowaniem wymagana jest wiedza specjalistyczna. Choć tezy te zostały powołane celem odparcia zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. bez formalnego wniosku o powołanie dowodu z opinii biegłego, są one znamienne, w szczególności w kontekście odmowy pełnomocników Przystępującego potwierdzenia okoliczności faktycznej związanej z użyciem pieczęci odwzorowującej podpis, czy też w odniesieniu do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, który wskazał, że: „(...) w jego ocenie, ocena, czy mamy do czynienia z własnoręcznym podpisem, czy też faksymilą, wymaga wiadomości specjalnych. Przychyla się do wniosku Przystępującego dodając, że gdyby powziął wątpliwości w zakresie umocowania, wezwałby do uzupełnienia dokumentów.”

O ile stanowisko procesowe Przystępującego w tych okolicznościach jest zrozumiałe i może być odczytane jako element racjonalnej taktyki procesowej to stanowisko Zamawiającego należy uznać za nieracjonalne i wewnętrznym sprzeczne, gdyż uznanie, że do oceny okoliczności faktycznych wymagane są wiadomości specjalne i jednocześnie kategoryczne twierdzenie, że mimo nie dysponowania takimi wiadomościami, została przez Zamawiającego dokonana ocena tego stanu powodująca, że nie powziął On wątpliwości na temat tego stanu, świadczą dobitnie o braku procesowej racjonalności. Izba dokonując jedynie pobieżnej analizy pełnomocnictw złożonych przez Przystępującego w toku postępowania przetargowego oraz pełnomocnictwa złożonego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej wraz ze zgłoszonym przystąpieniem nie miała wątpliwości, na podstawie łatwo dostrzegalnych różnic między podpisami złożonymi pod tymi dokumentami, że różnice te mogą być wynikiem mechanicznego odwzorowania przynajmniej części znajdujących się tam podpisów. Takie też wątpliwości powinien powziąć Zamawiający jeszcze przez otwarciem rozprawy i kierując się racjonalnością procesową oraz racjonalizacją kosztów tego procesu winien rozważyć możliwość uwzględnienia obu odwołań aby przenieść ciężar dowodowy i kosztowy procesu na podmiot, który jest ze swej pozycji bardziej predestynowany do zwalczania zarzutów podniesionych w treści odwołania. Tak się jednak nie stało, co poskutkowało powołaniem przez Izbę z urzędu dowodu z opinii biegłego.

Izba przyjęła wnioski wynikające z opinii biegłego wraz z ustaleniem faktów i ich oceną za dowód w pełni wiarygodny, znajdujący oparcie w wymaganiach należytej staranności biegłych oraz prawidłowej metodologii. Biegły dokonał właściwej oceny przekazanego do badań w oryginale materiału porównawczego, czego dowodem jest właściwe zidentyfikowanie otrzymanych przez biegłego pełnomocnictw z uwzględnieniem wątpliwości Izby, co do własnoręczności podpisów złożonych pod pełnomocnictwem z dnia 23.11.2018 r. dołączonym na str. 14 do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Solid Security Spółka z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa oraz Solid Spółka z o.o., ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków, która to wątpliwość stanowiła odzwierciedlenie zarzutów zawartych w treści odwołania.

Jako element porównawczy zostały Biegłemu przekazane w oryginale pełnomocnictwa dołączone do:

- wniosku Przystępującego złożonego w przedmiotowym postępowaniu (wraz z dołączonym do niego pełnomocnictwem z dnia 13.09.2018 r.).
- pełnomocnictwa z dnia 19.12.2018 r. (2 egz.) dołączone przez Konsorcjum Solid Security Spółka z o.o. oraz Solid Spółka z o.o. do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach KIO 2584/18 oraz w sprawie KIO 2586/18.

Oba te dokumenty są dokumentami sporządzonymi przed terminem powołania dowodu z opinii biegłego, a więc zawierają podpisy o charakterze swobodnym, tj. nie są dedykowane intencją poddania ich ocenie w ramach dowodu z opinii biegłego. W tym też znaczeniu ocena materiału przez Biegłego nabiera dodatkowego, obiektywnego wymiaru. W ocenie Izby opinia biegłego jest spójna i logiczna, ma jednoznaczny wydźwięk i opiera się w swoich ustaleniach na materiale dowodowym zgromadzonym w niniejszej sprawie. Zastosowane przez Biegłego metody badawcze były adekwatne do badanej materii, jak również w sposób kompleksowy (całościowe) objęły cały materiał porównawczy – a

zatem pozwalały na postawienie kategoriycznych konkluzji.

Na str. 5 uzyskanej opinii biegłego z dnia 10.01.2019 r. sporządzonej przez Pana W. S. zawarte jest sprawozdanie z badań, w którym czytamy, że: „W pierwszej kolejności dokonano analizy mikroskopowej linii graficznej tworzącej podpis dowodowy nr 1 (a więc zawarte na pełnomocnictwie z dnia 23.11.2018 r. – adnotacja Izby). Szczegółowa analiza wykazała, że środkiem kryjącym jest tusz. Równomierne rozłożenie środka kryjącego bez zmian w cieniowaniu linii graficznej i jednorodna naciskowość w obrębie całej konstrukcji jednoznacznie wskazuje na wykonanie podpisu mechanicznie w drodze odciśnięcia ze wzornika w formie pieczętki, tzw. faksymile. Wyklucza to jego odręczne naniesienie na podłoże dokumentu”. Na str. 6 ww. opinii zostało wskazane, że analogiczna sytuacja wygląda przy pozostałych podpisach dowodowych, tj. tych złożonych pod pełnomocnictwami dołączonymi na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z wnioskiem oraz ofertą.

Stąd też Izba przyjęła zawarte tam ustalenia za własne uznając, że podpisy złożone pod pełnomocnictwem z dnia 23.11.2018 r. nie mają charakteru własnoręcznego, gdyż do ich odwzorowania wykorzystano urządzenie (najprawdopodobniej pieczęć) umożliwiające mechaniczne odtworzenie podpisu. Stąd też ta konkluzja legła u podstaw dalszych wywodów Izby, które mają charakter wyłącznie prawny. Izba, po zapoznaniu się z treścią opinii biegłego z dnia 10.01.2019 r. (sporządzonej przez Pana W. S.) uznała, że stan faktyczny został wyjaśniony w sposób pozwalający na wydanie orzeczenia.

Zgodnie z treścią art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, „Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.”

Dodatkowo jak wynika z treści art. 10a ust. 1 ustawy Pzp, „W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem” odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.”

W niniejszym wypadku oferta została złożona w formie pisemnej – a zatem zastosowanie znajdzie tu odesłanie wynikające z treści art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje, że: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, 1104 i 1629), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”

Zgodnie z treścią art. 78 § 1 ustawy Kodeks cywilny „Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. W zakresie formy pełnomocnictwa należy odnieść się do treści art. 99 § 1 ustawy Kodeks cywilny, który stanowi, że: Jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

Wyżej wskazane przepisy nakazują wykluczenie możliwości sygnowania oferty, lub pełnomocnictwa uprawniającego do jej złożenia w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne, przy wykorzystaniu pieczęci odwzorowującej w sposób mechaniczny podpis osoby, która składa oświadczenie woli w postaci oferty lub udziela pełnomocnictwa do jej złożenia. Złożenie oferty i dotyczącego tej czynności pełnomocnictwa zostało uznane przez Ustawodawcę za czynność na tyle doniosłą, że w tym wypadku dopuścić można jedynie podpis własnoręczny lub równorzędny jemu podpis elektroniczny weryfikowany przy wykorzystaniu kwalifikowanego bezpiecznego certyfikatu.

W tym miejscu Izba uznała za konieczne odniesienie się w zakresie przywołanych wyżej regulacji ustawy Kodeks cywilny do orzecznictwa Sądu Najwyższego.

Z uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego Izba Karna z dnia 20 grudnia 2006 roku (sygn. akt I KZP 29/06) wynika, że: „(...) Trzeba bowiem podkreślić, w kontekście wątpliwości wyrażonych w pytaniu prawnym, że nawet najwierniejsze, a wręcz idealne odwzorowanie podpisu przy pomocy pieczęci, kliszy fotograficznej, czy też metodą kserografii (elektrofotograficzną) nie zmienia faktu, że taki podpis stanowi kopię podpisu oryginalnego, co powoduje, iż nie da się stwierdzić, czy jest podpisem niezaprzeczalnie własnoręcznym, a więc takim, który pochodzi od osoby składającej pismo procesowe, i takim, który rzeczywiście został złożony przez tę osobę w piśmie procesowym zgodnie z jej wolą. (...)”

Jak wynika z postanowienia Sądu Najwyższego 10 kwietnia 2008 r. wydanego w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt IV CZ 23/08 (źródło: www.sn.pl/orzecznictwo) „Podpis mechaniczny (faksymile) może zastąpić podpis na dokumencie tylko wtedy, gdy przepis szczególny tak stanowi. W innych wypadkach faksymile nie może być uważane za spełniające wymagania złożenia podpisu. W uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 30 grudnia 1993 r., III CZP 146/1993 (OSNC 1994, nr 5, poz. 94) Sąd Najwyższy podkreślił, że podpisem jest wyłącznie znak napisany. (...) Takie rozumienie interpretowanego pojęcia odpowiada wynikowi analizy semantycznej słowa „podpis”, w którym akcent trzeba położyć na określonej w nim czynności - pisać. Nie jest więc podpisem tuszowy odcisk palca, z którym ustawa - przy zachowaniu pozostałych wymagań określonych w art. 79 k.c. - wiąże jedynie skutki prawne przewidziane dla podpisu. Wobec warunku własnoręczności, o którym mowa w art. 78 k.c., nie jest również podpisem, a jedynie jego kopią, faksymile, który może być odciśnięty na dokumencie przez inną osobę.

Ustawodawca sankcjonuje wprawdzie niekiedy mechaniczne odtworzenie podpisu, co uczynił np. w art. 921¹⁰ § 2 k.c. w odniesieniu do podpisu dłużnika na dokumencie stanowiącym papier wartościowy na okaziciela, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej, czy w dawnym art. 339 § 2 k.h. w odniesieniu do podpisu zarządu na akcji. Wymienione przepisy świadczą jednak o tym, że mechaniczne odtworzenie podpisu może być jedynie uznane za równoważne z podpisem. Immanentną cechą podpisu bowiem jest własnoręczność. Cecha ta umożliwia funkcję identyfikacyjną, gdyż tylko własnoręczny podpis, który zawiera w sobie osobiste cechy charakteru pisma podpisującego (ukształtowanie liter, ich łączenie itp.), pozwala na stwierdzenie - za pomocą graficznej ekspertyzy pisma - że jest on autentyczny (zob. także uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 r., III PZP 17/2002, OSNP 2003, nr 20, poz. 481). W wyroku z dnia 23 lipca 1998 r., III CKN 482/1998 (niepubl.) Sąd Najwyższy podkreślił, że kasacja musi być opatrzona własnoręcznym podpisem podmiotu uprawnionego do jej wniesienia, co oznacza, że wymagany podpis nie może zostać zastąpiony żadnym podpisem mechanicznym, np. faksymilą bądź kserograficzną odbitką własnoręcznego podpisu (zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2005 r., III UZ 20/2004, OSNP 2005, nr 16, poz. 258). W wyroku z dnia 12 kwietnia 2000 r., II SA/Gd 1089/1998 (niepubl.) Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że w art. 107 § 1 k.p.a. ustawodawca mówi o podpisie, przez co należy rozumieć podpis własnoręczny, gdyż w innych przypadkach, jeżeli ustawodawca dopuszcza stosowanie innego niż własnoręczne odtworzenie podpisu, to daje temu wyraz w treści przepisu (np. art. 921¹⁰ § 2 k.c. lub art. 339 § 2 k.h.).”

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że podnoszony zarzut braku własnoręczności podpisu został w tym

wypadku udowodniony w wyniku powołania dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu kryminalistycznych badań dokumentów, która jednoznacznie potwierdza wywody odwołania. Wobec powyższego wskazać następnie należy, że Zamawiający zaniechał ciążącego na nim obowiązku należytego badania oferty Przystępującego Konsorcjum nawet w obliczu wniesionego odwołania i zawartych tam tez. Nie przełożono ponadto żadnego dowodu, z którego wynikałby fakt własnoręcznego złożenia podpisu na dokumencie pełnomocnictwa z dnia 23.11.2018 r. Wprost przeciwnie złożone w ramach postępowania odwoławczego, w związku ze zgłoszonym przystąpieniem pełnomocnictwo jak również pismo Przystępującego z dnia 02.01.2019 r. (Wpływ w dniu 02.01.2019 r. Dzk-KIO-30/19), tylko pogłębiło wątpliwości, gdyż analiza wszystkich tych dokumentów łącznie, wraz z objętym zarzutami pełnomocnictwem z dnia 23.11.2018 r., wskazuje *prima facie* na znaczne odrębności złożonych tam podpisów.

Izba stwierdza, że, co do zasady, brak złożenia własnoręcznego podpisu na dokumentach, oświadczeniach lub pełnomocnictwie, jako stanowiący błąd, może być sanowany w trybie art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 3a ustawy Pzp. W tym wypadku przepis art. 26 ust. 3a ustawy Pzp winien mieć zastosowanie, gdyż brak jest innych podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego – a zatem nie potwierdziły się inne zarzuty zawarte w odwołaniu, gdyż zawarte tam zarzuty oraz żądania zmierzającego do odrzucenia oferty są na tym etapie postępowania, w ocenie Izby, zbyt daleko idące.

Mając na uwadze powyższe złożone wraz z ofertą wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Solid Security Spółka z o.o. oraz Solid Spółka z o.o. pełnomocnictwo dla Pani J. B. do podpisania oferty nie odpowiada formie wymaganej dla czynności złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i sąd Zamawiający winien wezwać tego wykonawcę do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem *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.*

W kontekście tego przepisu wniosek Odwołującego o odrzucenie oferty Przystępującego jest przedwczesny z tego względu, że Zamawiający jest zobligowany w pierwszej kolejności do wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa i dokonania kolejnych czynności w zależności od wyniku tego wezwania.

Stąd też Izba nakazała Zamawiającemu w sentencji niniejszego orzeczenia wezwanie Przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: