

WYROK

z dnia 9 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez **KAEFER S.A** z siedzibą w Warszawie ul. Cybernetyki 9, 02-677 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Energia Ciepła S.A.** z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59, 00-120 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **KAEFER S.A** z siedzibą w Warszawie ul. Cybernetyki 9, 02-677 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt 500/19

Uzasadnienie

PGE Energia Ciepła S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”, postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonywanie prac izolacyjnych, obmurzowych, antykorozyjnych; rusztowaniowych i ogólnobudowlanych w ramach utrzymania bieżącego urządzeń w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie”, nr postępowania 1001051700. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 września 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr numerem 2018/S 182-412992.

W dniu 15 marca 2019 r. Zamawiający poprzez platformę zakupową eB2B poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dniu 25 marca 2019 r. wykonawca KAEFER S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego (k.c.) poprzez zaniechanie ich zastosowania i nieodrzućenie oferty złożonej przez Izoinstalbud sp. z o.o., wybranej jako najkorzystniejszej, pomimo że jest nieważna i niezgodna z przepisami k.c. z uwagi na jej podpisanie i złożenie przez osobę działającą bez stosownego umocowania, a w konsekwencji;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniami ww. przepisów) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a także innymi przepisami wskazanymi lub wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Izoinstalbud sp. z o.o., jako oferty złożonej przez osobę działającą bez stosownego umocowania;

4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podał m.in., iż Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, wezwał Lzoinstalbud sp. z o.o. do uzupełnienia pełnomocnictwa uprawniającego p. S. J. do złożenia oferty w imieniu tego Wykonawcy. Zgodnie z wpisem w Krajowym Rejestrze Sądowym nr 0000676225, dotyczącym zasad reprezentacji tej spółki, w przypadku zarządu jednoosobowego do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu spółki uprawniony jest jednoosobowo Prezes Zarządu lub Prokurent, jeżeli został ustanowiony, bez ograniczenia kwotowego, a w przypadku zarządu wieloosobowego do zaciągania zobowiązań lub rozporządzenia prawem do kwoty 500 000,00 zł upoważniony jest Prezes Zarządu lub Wiceprezes Zarządu samodzielnie, zaś do zaciągania zobowiązań lub rozporządzenia prawem powyżej kwoty 500 000,00 zł wymagane jest współdziałanie wszystkich członków zarządu z pominięciem prokurenta. Zarząd spółki Lzoinstalbud sp. z o.o. w momencie składania oferty był dwuosobowy. Prezesem Zarządu był K. S., zaś Wiceprezesem Zarządu był S. J.. W związku z tym do skuteczności złożenia oferty w ww. postępowaniu przetargowym, którego wartość netto wynosi 7 197 470,38 zł, wymagane było współdziałanie wszystkich członków zarządu spółki. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca Lzoinstalbud sp. z o.o. uzupełnił dokument pełnomocnictwa, jednak przedstawione pełnomocnictwo zostało sporządzone w sposób nieprawidłowy, która to okoliczność nie została zauważona przez Zamawiającego.

Jak wynika z treści pełnomocnictwa, upoważniało ono p. S. J. do jednoosobowego podpisania oferty cenowej przekraczającej 500 000,00 zł dla postępowania przetargowego nr 1001051700 na wykonywanie prac izolacyjnych, obmurzowych, antykorozyjnych, rusztowaniowych i ogólnobudowlanych w ramach utrzymania bieżącego urządzeń w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie oraz do podpisania wszystkich oświadczeń i niezbędnych dokumentów związanych i wymaganych do jej przedłożenia do PGE Energia Polska S.A. Oddział nr 1 w Krakowie. Tymczasem z treści SIWZ wynika wprost, iż - postępowanie pod nazwą „Wykonywanie prac izolacyjnych, obmurzowych, antykorozyjnych, rusztowaniowych i ogólnobudowlanych w ramach utrzymania bieżącego urządzeń w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie” prowadzone było przez Zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Żłotej 59, KRS 0000013479, a działania pomocnicze zakupowe związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia zostały powierzone Departamentowi Zakupów PGE Energia Ciepła S.A. Oddział nr 2 CUW w Krakowie. W ocenie Odwołującego z dokumentów przedstawionych w toku postępowania przetargowego przez Wykonawcę Lzoinstalbud sp. z o.o. wynika, iż brak jest tożsamości zamawiającego oraz podmiotu, któremu ma być przedstawione pełnomocnictwo.

Następnie Odwołujący podniósł, że przepis art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów tj. na podstawie innych aktów prawnych niż ustawa Pzp. W związku z tym, odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający musi wskazać konkretny przepis, inny niż przepis ustawy Pzp, który przewiduje sankcję nieważności. Odwołujący zwrócił uwagę na art. 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Oferta składana przez wykonawcę w toku postępowania przetargowego stanowi oświadczenie woli - jednostronną czynność prawną wykonawcy. Stąd też ważność oferty należy badać na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, jest ona bowiem oświadczeniem woli wykonawcy w przedmiocie udziału w postępowaniu i chęci zawarcia umowy o zamówienie publiczne (por. wyr. SO w Łodzi z 20.10.2004 r., III Ca 919/04, niepubl.). W praktyce oferta jest nieważna, jeżeli została podpisana przez osobę nieuprawnioną, co powinno wynikać z wpisu w odpowiednim rejestrze lub z treści pełnomocnictwa.

Zdaniem Odwołującego pełnomocnictwo przedstawione przez wykonawcę Lzoinstalbud sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, zostało sporządzone wadliwie, bowiem dotyczyło złożenia oferty do PGE Energia Polska S.A. Oddział nr 1 w Krakowie, która to spółka nie jest Zamawiającym oraz nie prowadzi postępowania przetargowego nr 1001051700 na wykonywanie prac izolacyjnych, obmurzowych, antykorozyjnych, rusztowaniowych i ogólnobudowlanych w ramach utrzymania bieżącego urządzeń w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie. Na marginesie Odwołujący zauważył, że powyższe koresponduje z treścią JEDZ złożonego przez tego Wykonawcę, który nie wypełnił w sekcji B danych pełnomocnika, ponieważ, zdaniem Odwołującego, na dzień składania ofert nie udzielił pełnomocnictwa do jednoosobowego podpisania i złożenia oferty i nie przewidywał udzielenia takiego pełnomocnictwa. W rezultacie, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że osoba podpisująca ofertę w imieniu Lzoinstalbud sp. z o.o. nie była umocowana do działania w imieniu tego wykonawcy.

Odwołujący zauważył, iż powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie i literaturze przedmiotu, że jeśli na podstawie nieważnego pełnomocnictwa w imieniu mocodawcy dokonana zostanie czynność prawna, zastosowanie znajdzie art. 104 k.c. Zgodnie ze zdaniem pierwszym tego przepisu 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. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nie zgodził się na działanie bez umocowania. Wynika to z treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia Tom I Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców pkt 12.4 ppkt 6), zgodnie z którym: „wraz z ofertą muszą być złożone: 6) Pełnomocnictwo, z którego wynika prawo do podpisania Oferty, oświadczenia wstępnego względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą w imieniu Wykonawcy, chyba, że uprawnienie to wynika bezpośrednio z właściwego rejestru, a Zamawiający może je uzyskać w szczególności za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych (...)”. Stąd też, zdaniem Odwołującego, nie znajduje zastosowania norma wyrażona w zdaniu drugim art. 104 k.c., który stanowi, iż 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.

Następnie Odwołujący stwierdził, iż odrzucenie oferty Izoinstbud sp. z o.o. powinno nastąpić po uprzednim obligatoryjnym, jednokrotnym wezwaniu tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do uzupełnienia braku pełnomocnictwa. Przesłanka zastosowania odrzucenia oferty została zatem spełniona, albowiem Zamawiający pismem z dnia 18 lutego 2019 r. do uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa, ale Wykonawca nie uczynił zadość temu żądaniu.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej, Odwołujący podkreślił, że uzupełnianie dokumentów jest możliwe jedynie w zakresie dokumentów, co do których można w sposób obiektywny ustalić, że istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie można w żadnym razie przyjąć, że uzupełnianie dokumentów jest możliwe także w innych przypadkach, np. poprzez dołączenie dokumentów, które nie istniały przed tym terminem, nawet jeśli potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z powyższego wynika, że termin „aktualne dokumenty” i ich żądanie może odnosić się do okresu ważności danego dokumentu, jak i potwierdzenia ciągłości faktów objętych oświadczeniem złożonym w JEDZ, poczynając od daty składania ofert (wyr. KIO z 20.4.2017 r., KIO/UZP 707/17, niepubl.). (...) Odwołujący podniósł, iż przedstawione pełnomocnictwo, niezależnie od tego, że jest wadliwe w swej treści, nie jest opatrzone datą, co w kontekście nieuzupełnienia dokumentu JEDZ w sekcji B, prowadzi do wniosku, iż dokument pełnomocnictwa nie istniał przed upływem terminu do składania ofert.

W podsumowaniu ww. zarzutu Odwołujący podał, iż zgodnie z art. 104 k.c. jednostronna czynność prawna, jaką jest złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna, co stanowi podstawę do jej obligatoryjnego odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp z powołaniem się na wystąpienie przesłanek określonych w art. 104 k.c. W wyroku z 2.11.2015 r. (KIO 2298/15, Legalis) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ZamPublU ma zastosowanie w przypadku wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę, w kontekście braku umocowania lub przekroczenia jego zakresu przez osobę, która podpisała ofertę, do dokonania tej czynności. (...) W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - brak udokumentowania faktu udzielenia pełnomocnictwa stanowi o niewykazaniu tego faktu”; podobnie w wyroku z 16.01.2015 r. (KIO 2787/14, Legalis) Izba stwierdziła iż: „Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ZamPublU nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Doktryna i orzecznictwo wiążą zastosowanie przywołanej normy przede wszystkim z wadliwością oświadczenia woli stanowiącego ofertę, w szczególności w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę, do dokonania tej czynności”.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący podał, iż oferta złożona przez Izoinstbud sp. z o.o. podlega odrzuceniu. W tej sytuacji Zamawiający jako najkorzystniejszą winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Po odrzuceniu oferty złożonej przez Izoinstbud sp. z o.o. i dokonaniu ponownej oceny ofert, oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą.

Pismem datowanym 24 marca 2019 r. Wykonawca Izoinstbud Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie zgłosił przestąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 29 marca 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie, w tym, iż w jego ocenie okoliczność, iż Izoinstbud sp. z o.o. podała w treści pełnomocnictwa właściwy, przypisany do danego postępowania numer, jak też nazwę tego postępowania, w której występuje wskazanie na Zamawiającego, tj. PGE EC S.A., wskazuje, że pełnomocnictwo spełnia wymogi dla przyjęcia, iż zostało sporządzone na potrzeby przedmiotowego postępowania, co potwierdza również to, iż zostało złożone na wezwanie Zamawiającego do jego uzupełnienia, wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Fakt złożenia pełnomocnictwa do konkretnego Zamawiającego, jak również jego treść wskazują, że zostało ono prawidłowo uzupełnione. Zdaniem Zamawiającego w ostatnim fragmencie

pełnomocnictwa pojawiła się oczywista omyłka co do nazwy Zamawiającego, nie ma ona jednak wpływu na ważność pełnomocnictwa i skuteczność umocowania pełnomocnika do jednoosobowego podpisania oferty. Zgodnie bowiem z poglądem wyrażanym w orzecznictwie: „omyłka pisarska dotyczy takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej, jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian” (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 2747/15). Błędne wskazanie w pełnomocnictwie nazwy Zamawiającego można uznać za błąd redakcyjny osoby sporządzającej dokument pełnomocnictwa. Tożsame stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 882/13. Zamawiający zwrócił również uwagę, iż pełnomocnictwo winno być interpretowane z powołaniem się na art. 65 k.c.

Odwolujący na rozprawie podtrzymał swoje stanowisko zaprezentowane w odwołaniu i nie zgodził się z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, zaznaczając m.in., iż w jego ocenie w pełnomocnictwie nie pojawiła się omyłka pisarska, a tym bardziej oczywista. W związku z tym jej poprawienie byłoby niedozwoloną ingerencją w treść oświadczenia woli. Złożenie wadliwego pełnomocnictwa nie może być sanowane poprzez przyjęcie omyłki pisarskiej.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Oferta złożona przez Odwołującego klasyfikuje się na drugim miejscu w rankingu ofert. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie Izby Wykonawca Izoinstalbud Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie uczynił tego skutecznie. W związku z tym nie stał się uczestnikiem postępowania.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2019 r., informacja o wniesieniu odwołania została przez niego przekazana Izoinstalbud Sp. z o.o. w dniu 22 kwietnia 2019 r. Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał zatem w dniu 25 marca 2019 r. Pismo Izoinstalbud Sp. z o.o., zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania, datowane jest 24 marca 2018 r. Zostało ono doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej z zachowaniem ustawowego terminu w dniu 24 marca 2019 r., w postaci elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym złożonym przez p. S. J., a jego kopia została przesłana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Z załączonego do pisma odpisu aktualnego KRS wynika, że w skład Zarządu Spółki wchodzi dwie osoby. Do zaciągania zobowiązań lub rozporządzania prawem powyżej kwoty 500.000,00 zł wymagane jest działanie wszystkich członków zarządu z pominięciem prokurenta. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania wiąże się z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego o wartości przekraczającej 7 milionów złotych. W związku z tym do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, doręczonego w postaci elektronicznej winno zostać dołączone pełnomocnictwo dla osoby składającej kwalifikowany podpis elektroniczny, jako tej, która działa w imieniu Wykonawcy (kwalifikowany podpis elektroniczny jest równoważny podpisowi własnoręcznemu). Takie pełnomocnictwo nie zostało załączone do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie znajduje się ono również w dokumentacji postępowania. Pełnomocnictwo do zgłoszenia przystąpienia do postępowania, inaczej niż w przypadku pełnomocnictwa do złożenia oferty, nie podlega uzupełnieniu. Okoliczność, iż w dniu 26 marca 2019 r., a więc po upływie ustawowego terminu, zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania w postaci papierowej z podpisami obydwu członków Zarządu, pozostaje bez wpływu na powyższą ocenę.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy zauważenia wymaga, iż Wykonawca Izoinstalbud Sp. z o.o. swoje zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, które zostało doręczone w ustawowym terminie, a więc to, które jest poddawane ocenie, złożył podobnie jak ofertę, na co wskazuje oferta tego Wykonawcy przekazana Izbie przez Zamawiającego na płycie CD wraz z pozostałą dokumentacją postępowania. Oferta oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostały podpisane przez obydwu członków zarządu spółki, a w postaci elektronicznej skan został opatrzony elektronicznym podpisem kwalifikowanym jednego z nich tj. p. S. J. . Wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa, uprawniającego do jednoosobowego złożenia oferty, nie było kwestionowane przez tego Wykonawcę. Pełnomocnictwo zostało uzupełnione. Zakres tego pełnomocnictwa obejmuje jedynie uprawnienie do jednoosobowego podpisania oferty oraz do podpisania wszystkich oświadczeń i niezbędnych dokumentów związanych i wymaganych do jej przedłożenia, nie obejmuje natomiast uprawnienia do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, które stanowi odrębną czynność wykonawcy.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie prac izolacyjnych, obmurzowych, antykorozyjnych, rusztowaniowych i ogólnobudowlanych w ramach utrzymania bieżącego urządzeń w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie. Miejsce realizacji prac objętych zamówieniem, co wynika z postanowień Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest PGE Energia Ciepła S.A. Oddział nr 1 w Krakowie - 31-587 Kraków, ul. Ciepłownicza 1.

Stosownie do postanowień pkt 12. 5 SIWZ (Tom I Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców) *Oferta powinna być podpisana w formie kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy albo przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy.*

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z dnia 21 listopada 2018 r. w postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Odwołującego oraz oferta Wykonawcy Izoinstalbud sp. z o.o.

Nie jest sporne pomiędzy Stronami, iż zgodnie z odpisem z KRS Izoinstalbud sp. z o.o., aktualnym na dzień składania ofert, w skład zarządu tej spółki wchodzi dwie osoby. Do zaciągania zobowiązań lub rozporządzania prawem powyżej kwoty 500.000,00 zł wymagane jest działanie wszystkich członków zarządu z pominięciem prokurenta. Oferta Izoinstalbud sp. z o.o. została podpisana jednoosobowo przez członka zarządu p. S. J., dla którego do oferty nie zostało załączone pełnomocnictwo. Pismem z dnia 18 lutego 2019 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do jego uzupełnienia. Wykonawca zastosował się do wezwania i uzupełnił pełnomocnictwo.

Istotą sporu jest odmienna interpretacja przez Strony pełnomocnictwa złożonego przez Izoinstalbud sp. z o.o. i w konsekwencji sporne jest to, czy uprawnia ono wskazaną w nim osobę do skutecznego złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Ze stanowiska Zamawiającego wynika, że składając ofertę Pan S. J. działał na podstawie właściwego umocowania, natomiast zdaniem Odwołującego osoba ta działała bez stosownego umocowania.

Rozstrzygnięciu Izby podlega zatem w pierwszej kolejności, czy Zamawiający zasadnie uznał, że przedłożone przez Izoinstalbud sp. z o.o. pełnomocnictwo uprawniało p. S. J. do jednoosobowego złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty przedstawione w odwołaniu, w granicach których, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba orzeka.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów*. Stosownie do art. 104 k.c. *jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.*

Zgodnie z art. 95 ust. 1 k.c. *z zastrzeżeniem wyjątków w przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela*. W myśl art. 96 k.c., *umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo)*. Czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Ustawa Pzp nie zakazuje złożenia oferty przez pełnomocnika. W związku z tym oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być podpisana przez pełnomocnika. Pełnomocnictwo winno być udzielone zgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi dla mocodawcy i wskazywać

osobę pełnomocnika oraz zakres umocowania, powinno z niego w szczególności wynikać kto jest mocodawcą, komu zostaje udzielone umocowanie i w jakim zakresie. Pełnomocnictwo jest jednostronną czynnością prawną, jednostronnym oświadczeniem woli mocodawcy, uprawniającym pełnomocnika do działania w jego imieniu w określonym zakresie. W związku z tym, stosownie do art. 65 § 1 k.c., który z uwagi na to, że przepisy Pzp nie zawierają w tym zakresie odmiennych regulacji, znajduje zastosowanie w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, powinno być tak tłumaczone, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Okoliczności te mogą mieć bowiem istotny wpływ na wynik tego tłumaczenia.

Treść pełnomocnictwa złożonego przez wykonawcę Izoinstalbud sp. z o.o. wskazuje, że dotyczy ono przedłożenia oferty. Zostało udzielone p. S. J., pełniącemu funkcję wiceprezesa zarządu przez obydwu członków dwuosobowego zarządu, tj. p. K. S. pełniącego funkcję Prezesa Zarządu oraz ww.p. S. J. jako wiceprezesa zarządu. W swojej treści pełnomocnictwo zawiera oświadczenie o udzieleniu pełnomocnictwa szczególnego do „jednoosobowego podpisu oferty cenowej przekraczającej 500.000,00 pln (pięćset tysięcy złotych) dla postępowania przetargowego nr 1001051700 ma wykonywanie prac izolacyjnych, obmurzowych, antykorozyjnych, rusztowaniowych i ogólnobudowlanych w ramach utrzymania bieżącego urządzeń w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie oraz do podpisania wszystkich oświadczeń i niezbędnych dokumentów związanych i wymaganych do jej przedłożenia, do PGE Energia Polska S.A. Oddział nr 1 w Krakowie.”

Sporne pełnomocnictwo zawiera zatem wskazanie osób udzielających pełnomocnictwa, tj. dwóch członków dwuosobowego zarządu spółki, zawiera wskazanie osoby przyjmującej pełnomocnictwo, tj. jednego z członków zarządu spółki, jak też zawiera jego zakres, tj. upoważnienie do „jednoosobowego podpisu oferty cenowej przekraczającej 500.00,00 pln”, a także określenie postępowania przetargowego, w tym jego numer i nazwę. Zgodzić się zatem należy ze stanowiskiem Zamawiającego, że pozwala to na identyfikację postępowania, w którym pełnomocnik jednoosobowo uzyskuje prawo podpisania oferty, a w konsekwencji pozwala na identyfikację Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, co jest uzasadnione, aby w tym samym czasie inny podmiot organizował postępowanie o udzielenie zamówienia o tej samej nazwie i tym samym numerze.

Izba podziela również stanowisko Zamawiającego, że dodany po przecinku fragment “do PGE Energa Polska S.A. Oddział nr 1 w Krakowie” jest oczywistą omyłką pisarską. Wskazanie „PGE Energia Polska S.A.” zamiast „PGE Energa Ciepła S.A.”, w sytuacji gdy wyraźnie zostało zidentyfikowane postępowanie przetargowe zarówno poprzez podanie jego numeru jak i przedmiotu, które to postępowanie jest prowadzone przez PGE Energa Ciepła S.A. i dotyczy prac w jego Oddziale nr 1 w Krakowie, należy uznać za oczywistą omyłkę. Jest ona łatwo zauważalna. Tym bardziej, że, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, niezakwestionowanego przez Odwołującego, nie występuje podmiot o nazwie: „PGE Energia Polska S.A.”, a jako jedyny podmiot, posiadający element nazwy: „Polska”, występuje PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., będąca spółką matką dla spółek z grupy PGE, która nie posiada oddziału w Krakowie. *Nie istnieje co prawda legalna definicja oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w treści art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 - tekst jedn.), lecz zarówno doktryna jak i orzecznictwo sądowe wielokrotnie definiowało to pojęcie w kontekście różnego rodzaju przepisów prawnych, w których jest mowa o błędach i omyłkach pisarskich i rachunkowych. Najogólniej rzecz biorąc błąd pisarski to "widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów itp.". Definiując natomiast omyłki pisarskie należałoby uznać, że są to omyłki stojące na równi z błędami pisarskimi lub rachunkowymi, a zatem tylko omyłki polegające na tym, że wyrażono coś, co jest niezgodne z myślą niedwuznacznie wyrażoną przez podmiot, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słów itp.* (tak wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 21 maja 2008 r. sygn. akt).

W ocenie Izby, dodanie na końcu treści pełnomocnictwa, po przecinku fragmentu zawierającego omyłkowo podany jeden z elementów nazwy Zamawiającego i wskazanie na oddział nr 1 w Krakowie, w sytuacji, gdy pełnomocnictwo zostało sporządzone przez dwóch członków zarządu spółki biorącej udział w przedmiotowym postępowaniu, dla jednego z nich i identyfikuje to postępowanie poprzez wskazanie jego nazwy, w której występuje także firma Zamawiającego tj. „PGE EC S.A.” oraz miejsce wykonywania prac tj. „Oddział nr 1 w Krakowie”, oraz numeru nadanego przez tego Zamawiającego, nie dyskwalifikuje pełnomocnictwa jako jednostronnego oświadczenia woli tego wykonawcy do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, przez wskazanego w pełnomocnictwie członka zarządu. Nie powinno umykać uwadze również to, że zostało ono złożone na wezwanie Zamawiającego, a zatem po stronie Wykonawcy Izoinstalbud sp. z o.o. była wiedza co do osoby Zamawiającego oraz wola wykazania się skutecznością działania przy składaniu oferty w konkretnym postępowaniu, prowadzonym przez tego Zamawiającego. Osoba Zamawiającego jest zatem rozpoznawalna zarówno w świetle treści pełnomocnictwa poprzez określenie w nim nazwy i numeru postępowania, jak też poprzez zachowanie się pełnomocnika i kontekstu sytuacyjnego, w którym to zachowanie następuje. Dla

prawkłowego przeprowadzenia oceny umocowania konieczne jest zweryfikowanie czy pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą identyfikuje osobę pełnomocnika, oraz, czy stwierdzona wadliwość tego pełnomocnictwa, w kontekście całej dokumentacji oferty upoważnia do przyjęcia, że ofertę podpisała osoba nieumocowana, a tym samym czynność złożenia oferty jest czynnością nieważną. (por. wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 16 lipca 2013 r. sygn. VI Ga 71/13). Wskazany omyłkowo jeden z elementów nazwy Zamawiającego oraz przywołanie Oddziału nr 1 w Krakowie, w którym mają być wykonywane prace objęte zamówieniem, podane w ostatnim fragmencie pełnomocnictwa, który to fragment, wskazując na marginesie, zważywszy na sposób redakcji pełnomocnictwa, mógłby być w nim pominięty bez szkody dla tego dokumentu i skuteczności zawartego w nim upoważnienia do działania pełnomocnika w podanym w nim zakresie, nie powoduje, że pełnomocnictwo traci swój walor umocowania wskazanej w nim osoby do jednoosobowego podpisania oferty składanej we wskazanym w nim postępowaniu o udzielenie zamówienia. Omyłka ta zatem nie oznacza wadliwości oświadczenia woli i nie wpływa na ważność pełnomocnictwa, a w konsekwencji nie oznacza wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę.

Również pozostała argumentacja Odwołującego zmierzająca do wykazania braku umocowania p.S. J. do jednoosobowego podpisania oferty nie potwierdza braku umocowania pełnomocnika Izoinstalbud sp. z o.o. do dokonania tej czynności. Jakkolwiek jest wskazane, aby data sporządzenia pełnomocnictwa była w nim podana, to jednak jej brak nie czyni pełnomocnictwa nieważnym. Dodatkowe informacje jak na przykład data udzielenia pełnomocnictwa nie mają z reguły wpływu na ważność samego umocowania. *Brak daty pełnomocnictwa nie jest zasadniczo jego wadą istotną* (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2006 r., III SZ 1/06, OSNP z 2007 r. nr 9-10, poz. 148; postanowienie NSA z 25 sierpnia 2010 r., II OSK 1486/10). *Żaden przepis nie ustanawia wymogu, aby pełnomocnictwo było zaopatrzone w datę.* (tak wyrok NSA z dnia 7 sierpnia 2014 r. sygn. I OSK 1772/14). Brak wskazania daty na pełnomocnictwie, jak również brak wypełnienia sekcji B w części II JEDZ nie stanowi dowodu na to, że Wykonawca Izoinstalbud sp. z o.o. nie upoważnił ww. członka zarządu do podpisania jednoosobowo oferty. Natomiast sugerowane przez Odwołującego domniemanie w tym zakresie, w okolicznościach analizowanej sprawy nie broni się. Jak wskazano powyżej, oferta przed nadaniem jej postaci elektronicznej, została podpisana przez obydwu członków zarządu. Oznacza to, że ich wolą było aby reprezentowana przez nich spółka wzięła udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należy zatem uznać, iż jej złożenie w postaci elektronicznej przez jednego z członków zarządu nastąpiło w wyniku upoważnienia udzielonego przez drugiego członka zarządu. Usuwalny, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, brak staranności przy składaniu oferty, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie oznacza braku umocowania do jej złożenia.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie składu orzekającego Izby, brak odrzucenia oferty Wykonawcy Izoinstalbud sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 104 k.c. nie oznacza naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego.

Tym samym nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania, zgłoszone jako konsekwencja zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Izoinstalbud sp. z o.o. na ww. podstawie.

W sytuacji, gdy nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Izoinstalbud sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 104 k.c., a odwołanie nie zawiera zarzutów dotyczących dokonania wyboru oferty jako najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów oceny ofert, niż określone w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również zarzutów dotyczących braku spełnienia przez ww. Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, należy uznać, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wiąże zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp z zarzutami naruszenia ww. przepisów. Zarzuty te nie potwierdziły się. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, że Zamawiający naruszył zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami Pzp, bądź innymi przepisami.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zostało wykazane, aby doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: