

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 22 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Aleksandra Kot

Rafał Malinowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 22 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torkol sp. z o.o., ul. Gajowa 3, 43-100 Tychy, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe RAJBUD sp. z o.o., ul. Szymbarskich Zakładników 22, 83-315 Szymbark, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,

przy udziale uczestników:

1) Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o., ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk,

2) SKANSKA S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa,

przystępujących do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,

2. kosztami postępowania obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torkol sp. z o.o., ul. Gajowa 3, 43-100 Tychy, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe RAJBUD sp. z o.o., ul. Szymbarskich Zakładników 22, 83-315 Szymbark i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torkol sp. z o.o., ul. Gajowa 3, 43-100 Tychy, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe RAJBUD sp. z o.o., ul. Szymbarskich Zakładników 22, 83-315 Szymbark, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torkol sp. z o.o., ul. Gajowa 3, 43-100 Tychy, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe RAJBUD sp. z o.o., ul. Szymbarskich Zakładników 22, 83-315 Szymbark na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie projektu wykonawczego i wykonanie robót budowlanych dla zadania 1: LOT-B3 granica województwa – Kozłów i zadania 2: LOT-B2-2 Sędziszów (bez stacji) - granica województwa, w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Prace na linii kolejowej nr 8 na odcinku Skarżysko-Kamienna – Kielce – Kozłów, etap II: odcinek Sitkówka Nowiny – Kozłów”.

Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia o wartości szacunkowej wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp (tzw. „progi unijne”).

2 maja 2024 roku, w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torkol sp. z o.o., ul. Gajowa 3, 43-100 Tychy, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe RAJBUD sp. z o.o., ul. Szymbarskich Zakładników 22 83-315 Szymbark, odwołanie wniósł wykonawca Torkol sp. z o.o., ul. Gajowa 3, 43-100 Tychy, wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1)nieuprawnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Pomorskiego Przedsiębiorstwa Mechaniczno –Torowego Sp. z o.o. ul. Sandomierska 19, 80051 Gdańsk w wyniku ponownego badania i oceny ofert na zasadzie art. 263 PZP o czym zamawiający poinformował pismem z dnia 26.04.2024 r. „INFORMACJA O WYBORZIE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY W WYNIKU PONOWNEGO BADANIA I OCENY OFERT NA ZASADZIE ART. 263 USTAWY PZP”; podczas gdy odwołujący, którego oferta została wybrana pierwotnie jako najkorzystniejsza, nie uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, stawiał się na wyznaczony przez zamawiającego termin podpisania umowy oraz dopełnił wszelkich formalności przed zawarciem umowy, w tym ustanowił zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
a zatem nie istniały jakiekolwiek podstawy do dokonania ponownego wyboru oferty,
- 2)zaniechania podjęcia (dalszych) czynności zmierzających do zawarcia umowy
z odwołującym (składającym się z Lidera oraz Partnera) lub samodzielnie z Liderem (Torkol sp. z o.o.),
- 3)braku prawidłowego (umożliwiającego wykonawcy kompleksową weryfikację czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu) uzasadnienia faktycznego podjęcia przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w wyniku ponownego badania i oceny ofert na zasadzie art. 263 PZP, braku wyjaśnienia przez zamawiającego na czym polegało „uchylenie się” odwołującego od zawarcia umowy oraz braku odniesienia się w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej do kluczowych aspektów skłaniających zamawiającego do dokonania ponownego wyboru oferty tj. skuteczności „wystąpienia” Partnera (Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o. o.)
z konsorcjum oraz dopuszczalności zawarcia umowy o zamówienie publiczne w sytuacji, gdy nastąpiła zmiana podmiotowa po stronie wykonawców (na wypadek przyjęcia,
że zmiana ta nastąpiła skutecznie).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.Art. 263 PZP poprzez błędne jego zastosowanie na skutek niezasadnego uznania przez zamawiającego, że wystąpiły okoliczności, o których mowa w tym przepisie,
w szczególności, że odwołujący uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem spełnione zostały przesłanki zastosowania art. 263 PZP, pomimo że odwołujący nie uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, Lider konsorcjum (będąc umocowanym do zawarcia umowy) stawiał się na wezwanie zamawiającego do zawarcia umowy, dopełnił wszelkich formalności przed zawarciem umowy, w tym ustanowił zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
- 2.Art. 239 ust. 1 w zw. z 263 PZP poprzez błędne ich zastosowanie na skutek bezpodstawnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Pomorskiego Przedsiębiorstwa Mechaniczno –Torowego Sp. z o.o. ul. Sandomierska 19, 80051 Gdańsk w wyniku ponownego badania i oceny ofert na zasadzie art. 263 PZP podczas gdy odwołujący, którego oferta została wybrana pierwotnie jako najkorzystniejsza, nie uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, Lider konsorcjum (będąc umocowanym do zawarcia umowy) stawiał się na wyznaczony przez zamawiającego termin podpisania umowy, dopełnił wszelkich formalności przed zawarciem umowy w tym ustanowił zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
- 3.Art. 253 ust. 1 w zw. z art. 263 PZP przez brak podania prawidłowego (umożliwiającego wykonawcy kompleksową weryfikację czynności podjętych przez zamawiającego
w postępowaniu) uzasadnienia faktycznego podjęcia przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w wyniku ponownego badania i oceny ofert na zasadzie art. 263 PZP, a w szczególności przez brak wyjaśnienia przez zamawiającego na czym polegało „uchylenie się” Odwołującego od zawarcia umowy oraz brak odniesienia się
w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej do kluczowych aspektów skłaniających zamawiającego do dokonania ponownego wyboru oferty tj. skuteczności „wystąpienia” Partnera (Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD sp. z o.o.) z konsorcjum oraz dopuszczalności zawarcia umowy o zamówienie publiczne w sytuacji, gdy nastąpiła zmiana podmiotowa po stronie wykonawców (na wypadek przyjęcia, że zmiana ta nastąpiła skutecznie),
- 4.Art. 16 PZP, na skutek powyższych uchybień, przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) PZP odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Pomorskiego Przedsiębiorstwa Mechaniczno –Torowego Sp. z o.o. ul. Sandomierska 19, 80051 Gdańsk w wyniku ponownego badania i oceny ofert na zasadzie art. 263 PZP,
- 2) podjęcie (dalszych) czynności zmierzających do zawarcia umowy z odwołującym (łącznie Lider oraz Partner) lub Liderem (samodzielnie), w tym ponowne wyznaczenie terminu do zawarcia umowy.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 PZP odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 PZP odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wykonawca Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego m.in. ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (tzw. konsorcjum dwóch firm): 1) Torkol sp. z o.o., ul. Gajowa 3, 43-100 Tychy (lider konsorcjum) oraz 2) Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe RAJBUD sp. z o.o., ul. Szymbarskich Zakładników 22, 83-315 Szymbark (partner konsorcjum).

Z ustaleń poczynionych przez Izbę na posiedzeniu z udziałem stron wynikało, że odwołanie w imieniu i na rzecz konsorcjum wniósł wykonawca Torkol sp. z o.o., ul. Gajowa 3, 43-100 Tychy (lider konsorcjum), który wg. oświadczenia złożonego na posiedzeniu przez pełnomocnika wykonawcy, działał wyłącznie na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 lutego 2023 roku.

Jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z korespondencji, jaka była prowadzona przez zamawiającego zarówno z liderem konsorcjum, jak i z partnerem konsorcjum wynika, że Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe RAJBUD sp. z o.o., ul. Szymbarskich Zakładników 22, 83-315 Szymbark (partner konsorcjum), pismem z 9 marca 2024 roku zatytułowanym „WYPOWIEDZENIE PEŁNOMOCNICTWA”, z ważnych powodów wypowiedz (liderowi konsorcjum) pełnomocnictwo z dnia 24 lutego 2023 roku w całości, tj. obejmujące umocowanie lidera konsorcjum do zawarcia umowy oraz w pozostałym zakresie umocowania określonym w ww. pełnomocnictwie. Jednocześnie partner konsorcjum poinformował, że nie przystąpi do podpisania umowy na realizację przedmiotowego zamówienia (dowód: pełnomocnictwo z 24 lutego 2023 roku, wypowiedzenie pełnomocnictwa z 9 marca 2024 roku).

Tym samym, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia stwierdzić należało, że podmiot wnoszący odwołanie nie posiada tożsamości podmiotowej z wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co z kolei wyklucza możliwość uznania, iż odwołanie złożył podmiot do tej czynności uprawniony. Zgodnie z przepisem art. 7 pkt 30) ustawy Pzp, Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis art. 17 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, precyzuje, iż wykonawcy (osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej) mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Ust. 2 stanowi, że w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustęp 5 omawianego przepisu stanowi, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Tym samym, w przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ofertę złożyło dwóch wykonawców – wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tzw. konsorcjum firm) – to przepisy Ustawy - Prawo Zamówień Publicznych stosuje się do tych wykonawców jak do wykonawcy (przedsiębiorcy), który złożył ofertę samodzielnie.

Niemniej, co istotne, wyżej cytowane przepisy ustawy Pzp, regulują wprost sytuację dotyczącą pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum (pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), z którego musi wynikać umocowanie do m.in. zawarcia umowy. Sokoro zaś, jak wynika z akt postępowania, parter konsorcjum skutecznie wypowiedział w całości pełnomocnictwo udzielone liderowi konsorcjum, czyli również - w zakresie umocowania do podpisania umowy oraz do (lit. d pełnomocnictwa) wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej w tym przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych, odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej oraz skarg do Sądu Okręgowego, jak również złożenia oświadczenia o przyłączeniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego odwołania złożonego przez innego wykonawcę – to brak jest podstaw do uznania, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tej czynności uprawniony. W przedmiotowym postępowaniu podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania był wykonawca (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm), który złożył ofertę, brał udział w całym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie legitymował się stosownymi dokumentami podmiotowymi, doświadczeniem, składał wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, czyli wykonawca w rozumieniu art. 7 pkt 30 w zw. z art. 58 ust. 5 ustawy Pzp.

Sąd Najwyższy w wyroku z 13.10.2013 r. (V CSK 475/10), aktualny na kanwie obecnego stanu prawnego wskazał, że „p.z.p. nie definiuje odrębnie „wykonawcy wielopodmiotowego”, lecz wykonawcę (art. 2 pkt 11 [obecnie art. 7 pkt 30 Pzp]), w ten sposób, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym związanym z zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy nie jest Konsorcjum ani lider Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum. Jak podkreśla się w literaturze łącznym uprawnieniem konsorcjantów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z kolei orzecznictwo Zespołu Arbitrów (m.in. postanowienie z dnia 30 czerwca 2005 r., UZP /ZO/0 – 1579/05) jak i orzecznictwo ETS (zob. wyrok z dnia 8 września 2005 r., C – 129/04, Espace Trianon SA i Societe valonne de location-financement SA (Sofibai) v. Office communautaire regional de la formation professionnelle et de emploi (FOREM), ECR 2005, nr 8 - 79A, poz. 1 - 07805) wskazują na niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeśli taka jest wola ustawodawcy krajowego. (...) Zdaniem Sądu Najwyższego w składzie niniejszym, to stanowisko jest w pełni przekonywujące, co oznacza, że art. 23 p.z.p. (obecnie art. 58 Pzp) statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także - jak w sprawie niniejszej - w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Wynika ono przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania

w p.z.p. wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie współnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Odnosząc się zaś do kwestii związanej ze skutecznością złożonego wypowiedzenia pełnomocnictwa, Izba w całości podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego PPMP sp. z o.o., uznając je za własne.

W doktrynie prawa, jak i orzecznictwie rozróżnia się tzw. stosunek podstawowy i stosunek pełnomocnictwa. Stosunek podstawowy to stosunek prawny na mocy którego pełnomocnik jest uprawniony i zobowiązany do działania na rzecz mocodawcy, na określonych zasadach

i w określonych ramach. Przykładami stosunku podstawowego są:

- umowa o obsługę prawną (lub innego rodzaju umowa o świadczenie usług, kolokwialnie zwana umową zlecenia), która określa zasady działania pełnomocnika, jego obowiązki, terminy czy też wynagrodzenie;
- umowa o pracę określająca zakres obowiązków i praw pracownika (np. zatrudnionego na stanowisku dyrektora i prokurenta).

Z kolei stosunek pełnomocnictwa to stosunek prawny, na mocy którego mocodawca udziela danej osobie (pełnomocnikowi) upoważnienia do działania w jego imieniu i na jego rzecz. Przykładami takiego stosunku (adekwatnymi do wyżej podanych przykładów stosunku podstawowego) są:

- pełnomocnictwo procesowe dla radcy prawnego do reprezentowania mocodawcy w określonych sporach sądowych, arbitrażowych itp.,

- oświadczenie o udzieleniu prokury upoważniające osobę zatrudnioną na stanowisku dyrektora i prokurenta do

reprezentacji przedsiębiorcy w zakresie określonym przepisami o prokurze.

Oba te stosunki (stosunek podstawowy i stosunek pełnomocnictwa) są ze sobą powiązane, albowiem pierwszy wyznacza warunki i zasady realizacji określonych czynności, a drugi pozwala na działanie na zewnątrz (czyli reprezentację wobec osób trzecich oraz określonych instytucji).

Pomimo powiązania z sobą obu ww. stosunków są one niezależne i stanowią odrębne byty. Doskonałym tego rodzaju przykładem jest umowa o pracę w charakterze prokurenta (stosunek podstawowy) oraz sama prokura (stosunek pełnomocnictwa). Zgodnie z przepisami Ksh

w przypadku sp. z o.o. udzielenie prokury (powołanie prokurenta, skutkujące nawiązaniem stosunku pełnomocnictwa) wymaga zgody wszystkich członków zarządu (art. 208 § 6 Ksh),

a dla jego odwołania (wycofanie prokury, skutkujące wygaśnięciem stosunku pełnomocnictwa) wystarczające jest działanie jego członka zarządu. (art. 208 § 7 Ksh). Jednocześnie sam fakt udzielenia prokury i nawiązania stosunku pełnomocnictwa, nie powoduje, że nawiązuje się stosunek podstawowy (np. umowa o pracę, kontrakt menedżerski, umowa zlecenie, itp.), albowiem ten wymaga odrębnej czynności w postaci zawarcia umowy. Z kolei odwołanie prokury, nie jest jednocześnie rozwiązaniem umowy o pracę czy też innego rodzaju umowy (stosunku podstawowego).

Dla odmienności uregulowań i tego konsekwencji np. w zakresie wypowiedzenia bez znaczenia jest to czy te dwa stosunki prawne uregulowane są w odrębnych dokumentach, czy w jednym. Sam fakt uregulowania obu stosunków prawnych (pełnomocnictwa i podstawowego) w jednym dokumencie nie przesądza, że podlegają one pod ten sam reżim prawny.

Przekładając powyższe na niniejszą sprawę wskazać należy, że umowa konsorcjum zawarta pomiędzy Torkol a Rajbud jest tzw. stosunkiem podstawowym, który reguluje zasady współpracy pomiędzy dwoma ww. konsorcjantami. Z kolei pełnomocnictwo konsorcjalne jest stosunkiem pełnomocnictwa upoważniającym Torkol do działania w imieniu i na rzecz Rajbud.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię stosunek podstawowy jest regulowany innymi przepisami, a stosunek pełnomocnictwa innymi. I tak ten pierwszy jest regulowany np. przepisami Kodeksu cywilnego (dalej: „Kc”) o umowie zlecenia art. 734 Kc do 751 Kc, umowie agencyjnej (art. 758 Kc do 764⁹ Kc), przepisami Kodeksu pracy (dalej: „Kp”)

o umowie o pracę (art. 25 Kp do 67³⁴ Kp), stosunku powołania (art. 68 Kp do 72 Kp), itp. Tymczasem stosunek pełnomocnictwa regulowany jest przepisami Kc (art. 95 Kc do 109⁸ Kc).

Odwołujący tymczasem nie rozróżnia obu tych istotnych pojęć prawnych, mieszają je i zrównując stosunek podstawowy (umowa konsorcjum) ze stosunkiem pełnomocnictwa (pełnomocnictwo konsorcjalne). To podstawowy błąd powodujący, że cała argumentacja Odwołującego jest nietrafna.

Torkol działał w postępowaniu w imieniu swoim oraz w imieniu Rajbud (czyli w imieniu Konsorcjum Torkol – Rajbud) na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 24.02.2023 r. Pełnomocnictwo konsorcjalne nie zawiera oświadczenia Rajbudu jako mocodawcy

o zrzeczeniu się przez mocodawcę jego prawa do odwołania tego pełnomocnictwa. Wbrew twierdzeniu odwołującego, umowa konsorcjum ustanawiająca Konsorcjum Torkol - Rajbud również nie zawiera takiego zastrzeżenia, które odnosiłoby się do samego pełnomocnictwa. Takie zastrzeżenie musiałoby być jednoznacznie zawarte w odniesieniu do pełnomocnictwa,

a nie samej umowy konsorcjum. Z tego powodu zastrzeżenie z pkt 52 tej umowy o braku możliwości wcześniejszego wypowiedzenia dotyczy tylko umowy konsorcjum (stosunku podstawowego), ale nie dotyczy pełnomocnictwa konsorcjalnego (stosunku pełnomocnictwa).

W tym miejscu zwrócić należy uwagę na art. 101 § 1 Kc stanowi, że: Pełnomocnictwo może być w każdym czasie odwołane, chyba że mocodawca zrzekł się odwołania pełnomocnictwa

z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa.

Z powyższego przepisu wynikają pewne podstawowe tezy:

- zasadą jest odwoływalność pełnomocnictwa (stosunku pełnomocnictwa) w każdym czasie,
- możliwe jest zrzeczenie się odwołania pełnomocnictwa, ale tylko pod warunkiem, gdy jest to uzasadnione treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa (czyli stosunku podstawowego).

Zatem do tego, aby pełnomocnictwo było nieodwołane musi mieć ono wyraźne zastrzeżenie o zrzeczeniu się tego prawa. W niniejszej sprawie pełnomocnictwo takiego zastrzeżenia nie zawierało. Już z tego powodu zarzut Torkol jest niezasadny.

Biorąc pod uwagę ten stan prawny, tj. skoro Rajbud jako mocodawca nie zrzekł się swojego prawa do wypowiedzenia pełnomocnictwa konsorcjalnego, to oświadczenie z 10.03.2024 r.

o wypowiedzeniu pełnomocnictwa konsorcjalnego było skuteczne. Tym samym Torkol pozbawiony został umocowania do działania w postępowaniu oraz zawarcia w imieniu i na rzecz Rajbud umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji w dniu 15.03.2024 r. Torkol nie był już umocowany do działania w imieniu i na rzecz partnera Rajbud, bowiem 10.03.2024 r. partner Rajbud złożył mu oświadczenie o odwołaniu pełnomocnictwa konsorcjalnego z 24.02.2023 r.

Przywołany przez odwołującego wyrok SN z dnia 6.07.2018 r. (II CSK 562/17) dotyczył innego stanu faktycznego niż w niniejszej sprawie, a podstawową różnicą było to, że w tamtym stanie faktycznym pełnomocnictwo było nieodwołalne. Na kanwie tego SN rozważał czy związku z zawarciem umowy konsorcjum poczynione w pełnomocnictwie zastrzeżenie o jego nieodwołalności było skuteczne. W efekcie swych rozważań SN uznał, że: „W okolicznościach ustalonych w sprawie, złożenie przez powoda liderowi konsorcjum oświadczenia o wypowiedzeniu pełnomocnictwa udzielonego do reprezentowania także powoda jako partnera konsorcjum wobec pozwanego jako zamawiającego nie mogło – z uwagi na zastrzeżenie w pełnomocnictwie podanym do wiadomości pozwanego jego nieodwołalności z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą jego udzielenia – rodzić skutków prawnych”. W niniejszej sprawie żadne takie zastrzeżenie nie zostało poczynione w pełnomocnictwie. W niniejszej sprawie pełnomocnictwo przekazane zamawiającemu, którym posługiwano się na etapie ubiegania się o zamówienie nie zawierało żadnego zastrzeżenia o jego nieodwołalności.

Samo wypowiedzenie pełnomocnictwa, choć skuteczne nie jest oczywiście równoznaczne z unicestwieniem samej umowy konsorcjum. Dlatego, w kontekście powzięcia wiedzy o wypowiedzeniu pełnomocnictwa konsorcjalnego przez Rajbud, słusznie postąpił zamawiający żądając stawiennictwa i podpisania umowy w sprawie zamówienia przez obu członków. Konsekwentnie, w związku z odmową podpisania umowy w sprawie zamówienia przez Rajbud - jednego z członków Konsorcjum, trafnie zamawiający uznał, że wykonawcą, którego oferta została wybrana, uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawcą, który odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia, był Rajbud, ale ma to znaczenie dla obu podmiotów, a więc także i Torkol.

Odwołujący – Torkol, po nieudanej próbie podpisania umowy w sprawie zamówienia nie miał żadnych wątpliwości co do skuteczności wypowiedzenia pełnomocnictwa konsorcjalnego przez Rajbud i uchylenia się przez Rajbud od zawarcia umowy w sprawie zamówienia, o czym świadczy jego stanowisko wyrażone w piśmie z 18.03.2024 r. skierowanym do zamawiającego.

Deklaracja gotowości samodzielnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia przez Torkol, tj. bez udziału Rajbudu, świadczy o tym, że Torkol rozumiał i uznawał oświadczenie Rajbudu z 10.03.2024 r. i nieobecność Rajbudu w miejscu i czasie wyznaczonym na podpisanie umowy za uchylenie się przez Rajbud od podpisania umowy. Konsekwentnie Torkol wystąpił 26.03.2024 r. do zamawiającego z wnioskiem o wydanie oświadczenia o zwolnieniu gwaranta z udzielonej gwarancji należytego wykonania umowy oraz rękojmi za wady i gwarancji mającej zabezpieczać realizację umowy w sprawie zamówienia przez Konsorcjum TORKOL-RAJBUD. Biorąc pod uwagę powyższe nie ma wątpliwości, że sam Torkol faktycznie uznał wówczas, że jego konsorcjant Rajbud dokonał skutecznego wypowiedzenia pełnomocnictwa i uchylił się od podpisania umowy w sprawie zamówienia.

Reasumując, w braku zrzeczenia się przez Rajbud w treści pełnomocnictwa prawa do jego odwołania, jego wypowiedzenie było skuteczne, a zatem do podpisania umowy niezbędne było stawiennictwo zarówno przedstawiciela Torkol, jak i Rajbud. Brak stawiennictwa któregośkolwiek z nich musiał być uznany za uchylenie się od zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika,

że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....