

WYROK
z dnia 23 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2015 r. przez wykonawcę

TPF Sp. z o.o. ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu

ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SGS Polska Sp. z o.o. ul. Bema 83, 01-233 Warszawa i ECMG GmbH ul. Zelinkastrasse 10, 1010 Wiedeń, Austria** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SGS Polska Sp. z o.o. i ECMG GmbH na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych,**

3

-
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TPF Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu na rzecz TPF Sp. z o.o. kwotę 19 759 zł 77 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 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 Opolu.

Przewodniczący:

4

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktami pn. *Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Goleniów – Nowogard (S-3, węzeł Goleniów Północ z węzłem – początek obwodnicy m.*

Nowogard) oraz *Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Nowogard – Płoty (koniec obwodnicy m. Nowogard – koniec obwodnicy m. Płoty)* oraz *Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku koniec obwodnicy m. Płoty – węzeł Kiełpino z węzłem*” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 lipca 2015 r. pod numerem 2015/S 129-237979. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty odwołania

Odwołujący – TPF Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SGS Polska Sp. z o.o. oraz ECMG GmbH dalej zwanych też „Konsorcjum SGS”, zaniechania odrzucenia tej oferty i zaniechania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez TPF Sp. z o.o. i zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum SGS oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum SGS jako najkorzystniejszej, pomimo tego, iż w ogóle nie powinna podlegać ona ocenie w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum SGS, jako oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w jego ramach odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum SGS i wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a także przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

5

Uzasadniając powyższe odwołujący wskazał, że oferta Konsorcjum SGS została podpisana przez G. S. . Do oferty nie zostało załączone jakiegokolwiek pełnomocnictwo dla G. S., w związku z powyższym zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Konsorcjum SGS do uzupełniania ww. pełnomocnictwa. W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum SGS przedłożyło pełnomocnictwo konsorcjalne z 10 sierpnia 2015 r., na mocy którego ECMG GmbH udzieliło pełnomocnictwa liderowi Konsorcjum SGS, czyli SGS Polska Sp. z o.o. oraz pełnomocnictwo z 10 sierpnia 2015 r. dla G. S. . Jednak pełnomocnictwo dla G. S. zawiera w sobie umocowanie do reprezentowania przez tego pełnomocnika jedynie SGS Polska Sp. z o.o., natomiast nie zawiera umocowania do reprezentowania drugiego z konsorcjantów, czyli ECMG GmbH. Z treści tego pełnomocnictwa wynika jednoznacznie, że SGS Polska Sp. z o.o. umocowuje G. S. tylko i wyłącznie do reprezentowania siebie. W treści tego pełnomocnictwa nie wynika natomiast jakiegokolwiek postanowienie, z którego można by wywieść wniosek, iż wolą SGS Polska Sp. z o.o. było udzielenie G. S. pełnomocnictwa do reprezentowania także ECMG GmbH.

Na mocy pełnomocnictwa konsorcjalnego z 10 sierpnia 2015 r. SGS Polska Sp. z o.o. uzyskała umocowanie do reprezentowania w postępowaniu drugiego konsorcjanta, czyli ECMG GmbH i umocowanie to obejmuje uprawnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw, tym niemniej SGS Polska Sp. z o.o., udzielając pełnomocnictwa G. S. nie skorzystała ze swojego uprawnienia i udzieliła tej osobie jedynie pełnomocnictwa do reprezentowania SGS Polska Sp. z o.o.

Wedle art. 96 Kodeksu cywilnego umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo). Istota przedstawicielstwa wyraża się w tym, że przedstawiciel, dokonując czynności prawnej w tym charakterze, składa własne oświadczenie woli, w imieniu reprezentowanego, a skutki prawne takiej czynności powstają bezpośrednio w sferze prawnej reprezentowanego. Wobec powyższego osoba działająca w charakterze pełnomocnika musi ujawnić, iż dokonuje czynności prawnej w imieniu swojego mocodawcy. W tym przypadku SGS Polska Sp. z o.o. (jako pełnomocnik ECMG GmbH) chcąc udzielić G. S. dalszego pełnomocnictwa do reprezentowania ECMG GmbH powinna jednoznacznie oświadczyć, że udziela pełnomocnictwa nie tylko w imieniu własnym, ale także w imieniu ECMG GmbH. W doktrynie prawa cywilnego powszechny

i niekwestionowany jest pogląd, iż przedstawiciel powinien ujawnić fakt działania w cudzym imieniu, by czynność prawna wywołała skutki po stronie reprezentowanego. Poglądy nauki prawa w pełni podziela orzecznictwo sądowe. Jak orzekł Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 7 września 1993 r. (sygn. akt I ACr 415/93) z samej istoty pełnomocnictwa wynika, że pełnomocnik w celu wywołania bezpośredniego skutku dla mocodawcy swojej czynności

6

dokonanej z osobą trzecią (z którą zawiera umowę), musi oświadczyć osobie trzeciej, że działa nie we własnym imieniu, lecz w imieniu swego mocodawcy i musi wymienić osobę mocodawcy. W przeciwnym razie należy uznać, że działał on we własnym imieniu, a nie jako pełnomocnik osoby trzeciej. Przewidziane bowiem w art. 97 Kodeksu cywilnego domniemanie pełnomocnictwa ma zastosowanie jedynie do osób działających w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności i nie może być rozciągane na inne sytuacje, tym bardziej wówczas, gdy osoba zawierająca umowy jest prezesem firmy, która może zawierać podobne transakcje oraz jest pełnomocnikiem innej firmy. Konieczność ujawnienia faktu działania w charakterze pełnomocnika wielokrotnie podkreślało też orzecznictwo Sądu Najwyższego. W wyroku z 12 kwietnia 1973 r. (sygn. akt III CRN 77/73) Sąd Najwyższy orzekł, że jeżeli pełnomocnik nie powiadomi osoby, z którą zawiera umowę, że działa jako pełnomocnik, umowa nie dochodzi do skutku, brak bowiem wtedy zgody co do osoby drugiego kontrahenta.

W niniejszej sprawie SGS Polska Sp. z o.o. udzielając pełnomocnictwa G. S. nie wskazała, iż udziela mu pełnomocnictwa w imieniu ECMG GmbH, zatem nie był on uprawniony do podpisania oferty w imieniu całego Konsorcjum SGS. Oferta oznaczona jako złożona w imieniu Konsorcjum SGS nie stanowi zatem zobowiązania ECMG GmbH, gdyż przy tej czynności prawnej spółka ta nie była w ogóle reprezentowana. Z uwagi na powyższe oferta ta powinna zostać odrzucona przez zamawiającego z uwagi na jej sprzeczność z ustawą, w tym przypadku z przywołanymi powyżej przepisami Kodeksu cywilnego. W zaistniałym stanie faktycznym nie zachodzi już możliwość wezwania Konsorcjum SGS do uzupełnienia pełnomocnictwa do podpisania oferty, gdyż w tym zakresie Konsorcjum było już wzywane do uzupełnienia pełnomocnictwa.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

W kwestiach formalnych dotyczących skuteczności wniesionego odwołania Izba ustaliła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z oświadczeniem pełnomocników zamawiającego, zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu.

III Ustalenia Izby w kwestiach merytorycznych

7

Swoje stanowisko zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie, odwołujący w odwołaniu oraz w piśmie procesowym z 21 października 2015 r., a dodatkowo (obie strony i przystępujący) także podczas rozprawy.

Na wstępie Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami – został on przedstawiony w ww. dokumentach, a także w powołanych w nich dokumentach stanowiących część dokumentacji postępowania przetargowego.

Przystępujący do oferty dołączył jedynie pełnomocnictwo z 10 sierpnia 2015 r. dla A. S. do działania w imieniu ECMG GmbH, m.in. do złożenia i podpisania oferty oraz pozostałych dokumentów składających się na ofertę.

W złożonej ofercie A. S. podpisała jedynie oświadczenia składane odrębnie w imieniu ECMG GmbH, jak oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz o przynależności do grupy kapitałowej. Natomiast samą ofertę (formularz ofertowy, formularz cenowy, formularz dotyczący szkoleń), a także oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz inne dokumenty podmiotowe itd. podpisał G. S. . Osoba ta jednak nie figurowała w rejestrach jako uprawniona do reprezentowania którejkolwiek ze spółek ani nie

przedstawiono dla niej żadnego pełnomocnictwa do działania w imieniu konsorcjum. W związku z powyższym zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał przystępującego do złożenia „1. pełnomocnictwa dotyczącego ustanowienia lidera konsorcjum do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie umowę o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo, 2. pełnomocnictwa do podpisania oferty oraz innych dokumentów składanych wraz z ofertą dla p. G. S.”.

W odpowiedzi na wezwanie przystępujący przedstawił pełnomocnictwo z 10 sierpnia 2015 r. udzielone przez SGS Polska Sp. z o.o. i ECMG GmbH spółce SGS Polska Sp. z o.o. jako liderowi konsorcjum do reprezentowania obu spółek (które nie było kwestionowane) oraz pełnomocnictwo z 10 sierpnia 2015 r. udzielone G. S. – przedmiotem sporu jest zakres umocowania wynikający z tego pełnomocnictwa.

Pełnomocnictwo to brzmi następująco: „Działając, jako jednoosobowy Zarząd SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą (...), w związku z postępowaniem przetargowym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszonego przez Zamawiającego – Generalną Dyrekcję (...) w postępowaniu o zamówienie publiczne na: Pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją (...) upoważniam: pana G. S., Dyrektora Industrial Services, legitymującego się dowodem (...)

- do podpisania i złożenia oferty oraz pozostałych dokumentów składających się na Ofertę, w tym wszystkich oświadczeń i formularzy, potwierdzania „za zgodność

8

z oryginałem” na dokumentach będącymi kopiami oryginałów, dokonywania poprawek w treści oferty i ich parafowania, udzielania wszelkich wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, uzupełniania dokumentów oraz podpisania umowy w imieniu Młodawcy, reprezentowania SGS Polska Spółki z o.o. w powyżej określonym postępowaniu przetargowym wobec Zamawiającego i osób trzecich, a w szczególności w trakcie rozmów z Zamawiającym, przy podejmowaniu działań oraz decyzji związanych z postępowaniem przetargowym,

- podpisania umów z Zamawiającym i dokonywania wszelkich czynności formalno-prawnych w imieniu i na rzecz SGS Polska, Spółki z o.o.,
- utrzymywania w imieniu i na rzecz SGS Polska, Spółki z o.o. stałych kontaktów z Zamawiającym we wszystkich kwestiach związanych z realizacją w/w zadania,
- reprezentowania SGS Polska, Spółki z o.o. w trakcie składania informacji o naruszeniu prawa zgodnie z zapisami art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- reprezentowania SGS Polska, Spółki z o.o. w trakcie składania odwołań oraz przyłączenia się do postępowań wszczętych na skutek odwołań wniesionych przez innych wykonawców od decyzji Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w trybie art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych, w imieniu wykonawców występujących wspólnie,
- reprezentowania SGS Polska, Spółki z o.o. w trakcie składania Skarg w tym także przyłączenia się do postępowań wszczętych na skutek wniesienia skarg przez innych wykonawców, na czynności oraz zaniechanie tych czynności przez Zamawiającego podczas niniejszego postępowania zgodnie z treścią art. 198a ustawy Prawo zamówień publicznych,
- reprezentowania SGS Polska Spółki z o.o., ustanawiania pełnomocników do reprezentacji przed Sądem i Krajową Izbą Odwoławczą w imieniu Wykonawców Występujących wspólnie, w związku z ofertą na usługę: Pełnienie nadzoru nad projektem i realizacją (...)

Warszawa, dnia 10.08.2015 r.”

Zdaniem Izby z treści powyższego pełnomocnictwa wynika jednoznacznie zakres umocowania pełnomocnika – G. S. . I nie chodzi tu jedynie o to, że udzielający pełnomocnictwa J. S., działający jako jednoosobowy zarząd spółki SGS Polska, nie wskazał, że pełnomocnictwa udziela nie tylko w imieniu tej spółki, lecz także w imieniu ECMG GmbH, czego rzeczywiście w treści pełnomocnictwa nie ma. Najważniejsze jest to, że w samym zakresie czynności, do których upoważniony jest G. S. każdorazowo wskazano, że chodzi o

„reprezentowanie SGS Polska Sp. z o.o.”, czy też działania „w imieniu i na rzecz SGS Polska Sp. z o.o.” – co jest dość nietypowe w pełnomocnictwach, gdyż najczęściej mocodawca wskazuje to na wstępie, a nie powtarza w każdym punkcie (wersie) pełnomocnictwa. Jednak zabieg ten powoduje wyraźne podkreślenie, w czym imieniu pan S. może działać, czyli spółki SGS Polska. Jedynie w punkcie 5. i 7. dotyczących składania odwołań, postępowań odwoławczych i występowania przed sądem i Krajową Izbą Odwoławczą, przywołani są wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (choć bez wskazania nazw owych wykonawców) – co, zdaniem Izby, tym bardziej tworzy kontrast z pozostałą treścią pełnomocnictwa, w której odwołano się jedynie do SGS Polska Sp. z o.o.

Owszem, treść pełnomocnictwa, tak jak i innych oświadczeń woli, podlega wykładni, zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego – nie jest to sporne, nie kwestionował tego odwołujący ani nie kwestionuje Izba. Jednak, nawet przy „najzyczliwszym” podejściu do domniemanej woli mocodawcy, wykładnia ta nie może prowadzić do wyinterpretowania z pełnomocnictwa „woli” mocodawcy, która w jawny i ewidentny sposób będzie sprzeczna z jego wyraźnym brzmieniem. A tu – jak Izba wskazała na wstępie – brzmienie pełnomocnictwa jest wyjątkowo wyraźne, tak wyraźne, że wręcz można by rzec: „clara non sunt interpretanda”. Zdaniem Izby wykładnię można zastosować jedynie do punktu 5. i 7. pełnomocnictwa, z których rzeczywiście można by wyinterpretować, że pod pojęciem „wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia” kryją się SGS Polska Sp. z o.o. i ECMG GmbH.

Sam fakt, że oba pełnomocnictwa (tzw. „konsorcjalne” i dla p. S.) mają tę samą datę, w tym stanie faktycznym zdaniem Izby nie świadczy o niczym, jeśli chodzi o zakres pełnomocnictwa dla pana S. . Owszem, oznacza, że prezes zarządu SGS Polska Sp. z o.o. mógł udzielić pełnomocnictwa także w imieniu ECMG GmbH, ale nie zmienia faktu, że tego nie zrobił (oprócz punktu 5. i 7.). Co więcej, biorąc pod uwagę treść wszystkich złożonych pełnomocnictw, można nawet zacząć się zastanawiać, jakie były rzeczywiste ustalenia pomiędzy obiema tymi spółkami i dlaczego pełnomocnictwo dla A. S., również z 10 sierpnia 2015 r., także obejmuje podpisanie oferty – w imieniu ECMG GmbH. Być może oznacza to, że niezależnie od udzielenia pełnomocnictwa spółce SGS Polska jako liderowi konsorcjum, prawdziwą wolą obu spółek było, by obaj pełnomocnicy *de facto* działali łącznie: pani S. w imieniu ECMG GmbH, a pan S. w imieniu SGS Polska Sp. z o.o.

Gwoli wyjaśnienia kwestii formalnych – nie ma racji zamawiający w swoim stanowisku identyfikując zarzuty odwołania – odwołujący nie kwestionuje tego, że oferta została złożona w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – SGS Polska Sp. z o.o. i ECMG GmbH, co do tego nie ma wątpliwości. Wręcz przeciwnie – stanowi to

kanwę zarzutu, gdyż oferta została złożona w imieniu obu tych podmiotów przez osobę, która nie była do tego umocowana.

Powracając zaś do kwestii tego, że mocodawca powinien być wskazany w treści pełnomocnictwa, warto tu przytoczyć fragment wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 3 lutego 2011 r. w spr. X Ga 569/11, w którym sąd stwierdził: „Potencjalnie oczywiście dopuszczalne było podpisanie pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. jedynie przez spółkę F., ale ze skutkiem dla wszystkich członków konsorcjum. Godzi się bowiem przypomnieć, że sekcja III.2.1.8 Ogłoszenia nie wymagała, aby pełnomocnictwo było podpisane przez wszystkich członków konsorcjum, ale jedynie, aby z niego wynikało, że zostało ono udzielone w imieniu wszystkich członków konsorcjum. Jest to zresztą zgodne z przyjętą na gruncie prawa polskiego teorią reprezentacji, w myśl której skuteczność działania przedstawiciela zależy od spełnienia szeregu przesłanek, wśród których wymaga się, aby przedstawiciel działający w imieniu reprezentowanego, wyraźnie (wymóg wyraźnego odwołania się do umocowania wynika z przywołanej powyżej sekcji Ogłoszenia) wskazał, że działa w imieniu mandanta; przy braku takiego wskazania można co najwyżej odwoływać się do instytucji zastępcy pośredniego (por. teza II.1 do art. 95 [w:] E. Gniewek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, 2010, wyd. 4, Legalis wersja 610; vide uzasadnienie wyroku SN z 12 kwietnia 1973 r. III CRN 77/73, OSNCPIUS 1974, z. 2, poz. 31). W konsekwencji dla możliwości przyjęcia, że spółka

F. udzieliła pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. nie tylko we własnym imieniu, ale również jako pełnomocnik spółki P., konieczne było wskazanie tego w treści pełnomocnictwa (przykładowo można było wskazać, że „my niżej podpisani F., działając w imieniu własnym oraz działając jako pełnomocnik (ew. w imieniu i na rzecz) spółki P., niniejszym upoważniamy...” – sformułowanie to spełniałoby wymóg wyraźnej wyrażonej woli udzielenia pełnomocnictwa w imieniu wszystkich wykonawców (por. sekcja III.2.1.8 Ogłoszenia) takiego zastrzeżenia jednak w treści pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. brak. Nie można więc było przyjąć, w oparciu o przepisy o pełnomocnictwie, że zostało ono udzielone przez spółkę F. również w imieniu i na rzecz spółki P. Tym samym Sąd Okręgowy – w składzie rozpoznającym niniejszą skargę na orzeczenie KIO – nie podziela wyrażanego w orzecznictwie poglądu, który *notabene* wydaje się być odosobnionym, zgodnie z którym brak użycia w dalszym pełnomocnictwie nomenklatury „w imieniu i na rzecz” określonych podmiotów (konsorcjantów), nie dyskwalifikuje skuteczności pełnomocnictwa, ponieważ nigdzie prawem nie zapisano, że istnieje skuteczny obowiązek prawny, aby w kolejno dalej udzielanych pełnomocnictwach przywoływano cały ciąg upoważnień (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 9 października 2008 r. KIO/UZP 1023/08, Legalis wersja 610). Po pierwsze w uzasadnieniu przywołanego orzeczenia nie dokonano przekonywującego wyводу na poparcie tego stanowiska. Po drugie zaś – jak już wskazano – w przyjmowanej

11

na gruncie prawa polskiego teorii reprezentacji wynika, że aby pełnomocnik skutecznie działał na rzecz mandanta, konieczne jest ujawnienie faktu działania w jego imieniu i na jego rzecz.”

Co do podniesionej przez przystępującego kwestii nieprawidłowego postawienia przez odwołującego zarzutu poprzez powołanie się na art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba przede wszystkim wskazuje, że pod pojęciem „zarzutu” należy rozumieć nie tylko przywołanie przepisu prawnego, ale przede wszystkim wskazanie konkretnego stanu faktycznego. Same przepisy najczęściej są na tyle pojemne i niedookreślone, że bez wskazania konkretnego stanu faktycznego w ogóle nie udałoby się zidentyfikować naruszenia przez zamawiającego ustawy. Z drugiej strony, błędne podanie podstawy prawnej – albo nie najlepsze zakwalifikowanie – a nawet brak wskazania, o ile da się zidentyfikować zarzucane naruszenie prawa, nie stanowi podstawy do (pozytywnego) rozpoznania odwołania. W takim wypadku Izba sama dokonuje kwalifikacji prawnej albo wskazaną kwalifikację zmienia.

Również w tym wypadku Izba uznała, że prawidłową kwalifikacją podstawy odrzucenia oferty byłby nie art. 89 ust. 1 pkt 1 (w zw. z art. 82 ust. 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli niezgodność oferty z ustawą (Prawo zamówień publicznych), ale art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów – w powiązaniu z art. 95 § 2, art. 99 § 1 i art. 104 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego.

Art. 95 § 2 Kodeksu cywilnego stanowi, że czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Tym samym czynność bez umocowania albo przekraczająca umocowanie nie pociąga za sobą takich skutków, tj. złożona oferta nie wiąże ECMG GmbH. Z kolei art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego wskazuje, że jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta musi być złożona w formie pisemnej pod rygorem nieważności, a zatem i umocowanie musi wynikać z pisemnego pełnomocnictwa (pod rygorem nieważności), a w niniejszym stanie faktycznym nie wynika; przynajmniej z pełnomocnictwa przedstawionego zamawiającemu, a ewentualne inne pełnomocnictwa ze względów formalnych już nie mogą być brane pod uwagę, gdyż wykonawca był już wzywany do przedstawienia (prawidłowego) pełnomocnictwa. Natomiast z art. 104 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego wynika, że jednostronna czynność prawna (a tu Izba podziela klasyczny pogląd, że oferta jest czynnością prawną jednostronną) dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub

12

z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Przy czym, zdaniem Izby, zamawiający nie może zgodzić się na działanie bez umocowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: