

WYROK
z dnia 20 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Majstrowicz

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2009 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Telvent Netherlands BV, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15 B** od
rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polską Agencję Służby Powietrznej, 02-147 Warszawa, ul. Wieżowa 8** protestu z dnia 18 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Telvent Netherlands BV, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15 B
i nakazuje:

1

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Telvent Netherlands BV, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15 B,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Telvent Netherlands BV, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15 B,** na rzecz **Polskiej Agencji Służby Powietrznej, 02-147 Warszawa, ul. Wieżowa 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Telvent Netherlands BV, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15 B.**

Uzasadnienie

Polska Agencja Służby Powietrznej (zwana dalej Zamawiającym) prowadzi postępowanie na dostawę systemów ATIS i ATIS/VOLMET wszczęte na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2008 r. pod nr 2008/S 105-140886.

W dniu 12 grudnia 2008 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt.1 ustawy, gdyż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Zamawiający poinformował w piśmie z uczestniczących wykonawców, iż z uwagi na wnoszone środki ochrony prawnej podjął czynności związane z weryfikacją poprawności przebiegu postępowania poprzez uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz

dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert. W wyniku tej czynności wykluczył z postępowania oraz odrzucił oferty następujących wykonawców:

2

1. SITA INC BV, Heathrowstraat 10, 1043 CH Amsterdam , Holandia - wykonawca nie wykonał co najmniej 3 zadań o których mowa w pkt 6.2.2. siwz, nie złożył dokumentów wymaganych w pkt.8.2.2.2 siwz potwierdzających, iż wskazane w wykazie zadania zostały wykonane należycie oraz nie złożył wadium na przedłużony okres związania ofertą;
2. TERMA, Vasekaer 12, DK -2730 Herlev, Dania - nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą i nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą, nie uzupełnił dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu - niepodlegania wykluczeniu z postępowania;
3. Konsorcjum: Thales Air Systems Parc tertiaire Silis , 3 avenue Charles Lindbergh, 94150 Rungis , Francja oraz STR-Speech Tech Ltd, Suite 212-1001 Cloverdale Avenue, Victoria ,British Columbia, Kanada, V 8X 4C9 - wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą i nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą;
4. IT-COM Stanisław Śnieżek, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego &A/4, 005-530 Góra Kalwaria oraz Sistek Data Itetisim z Turcji - wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą; oferta zawiera rażąco niską cenę, jest niezgodna z 2.7.2 Siwz .

Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 12 grudnia 2008 r. poinformował o odrzuceniu oferty konsorcjum Gildia sp.zo.o. oraz TELEVENT Netherlands B, Landzwichtweg 70, 4105 DP, Culemborg Holandia. Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty wskazał art.89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej pzp) z uwagi na fakt złożenia w ofercie pełnomocnictwa w języku angielskim bez załączenia tłumaczenia tego dokumentu na język polski. Powołał się na art.9 ust.2 i 3 pzp zgodnie z którymi postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, zaś w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Podniósł, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie odstąpił od rygoru złożenia ofert, jak też składanych w jego toku dokumentów w języku polskim. Wskazał także na brak podstawy prawnej do żądania uzupełnienia dokumentu tłumaczenia do postępowań wszczętych przed nowelizacją zgodnie z art.4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy _Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

W dniu 18 grudnia Odwołujący wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego. W proteście Zamawiający wniósł o:

3

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej bez podstawy prawnej, sprzecznie z przepisami Pzp oraz przepisami Kodeksu cywilnego,
- 2) unieważnienie czynności odrzuceniu oferty , na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, oferty złożonej przez Protestującego,
- 3) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania , na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 4) z ostrożności - o zaniechanie wezwania, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia tłumaczenia dokumentu pełnomocnictwa na język polski.

Protestujący wskazał iż Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty oraz unieważnienia postępowania naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz art. 61 § 1 Kc.

Protestujący wskazał na interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia, który doznał uszczerbku w wyniku podjętych czynności przez zamawiającego, gdyż ofertą Protestującego uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu podniósł, iż złożenie oferty w przetargu wywiera dwa skutki prawne. Pierwszy skutek wyraża się w związaniu oferenta złożoną przez niego ofertą, drugi zaś - polega na zaakceptowaniu propozycji ogłaszającego przetarg (Zamawiającego) co do dalszego trybu postępowania przetargowego - dochodzi do zawarcia porozumienia przetargowego, kreującego stosunek przetargowy. Powołał się na doktrynę m.in. na literaturę G. Ćmiekiewicz, „Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy” Cz. I i II, PPHZ 1982/6 oraz 1983/17, oraz Z. Radwański „System prawa prywatnego. Prawo cywilne -część ogólna” Tom 2, Warszawa 2002, R. Szostak, "Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne", Kraków 2005. Celem tego stosunku jest doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność tę poprzedza badanie i ocena ofert oraz ewentualne czynności wykluczenia z postępowania, czy odrzucenia oferty. Dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jednocześnie zamyka pewien etap postępowania i otwiera kolejny. Manowicie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i poinformowanie o tym wykonawcy, którego oferta została wybrana, kreuje przejściowy stosunek prawny, wyznaczający obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformowaniu o tym (złożeniu oświadczenia woli o przyjęciu oferty) wykonawcy, Zamawiający jest związany swoim oświadczeniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, tak jak wykonawca związany jest treścią oferty. Zamawiający, czy wykonawca nie mogą cofnąć

4

złożonych przez siebie oświadczeń woli. Ewentualna korekta postępowania zdaniem Protestującego, gdyby było ono niezgodne z przepisami Pzp, dopuszczalna jest zupełnie wyjątkowo, w procedurze protestacyjno-odwoławczo-skargowej, i to pod warunkiem skorzystania z danego środka w terminie określonym przepisami Pzp. Protestujący podniósł, iż w przedmiotowej sprawie terminy te upłynęły, a wybór ofert nie został skutecznie podważony. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i złożył oświadczenie o jej wyborze Protestującemu. Wybór oferty najkorzystniejszej nie został skutecznie podważony, a zatem jest skuteczny. Wyboru tego podważyć nie może Zamawiający, jest on bowiem związany złożonym przez siebie oświadczeniem. Zarówno po stronie Zamawiającego, jak i wykonawcy istnieje obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym w ocenie Protestującego czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu ("uchyleniu") czynności wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana bez podstawy prawnej i jest sprzeczna z przepisami Pzp oraz przepisami Kodeksu cywilnego.

W ocenie Protestującego złożone przez niego wraz z ofertą pełnomocnictwo jest prawidłowe, tj. upoważnia do dokonania określonych czynności w imieniu i na rzecz mocodawcy. Dla swej ważności pełnomocnictwo wymaga udzielenia na piśmie (art. 99 §2 Kc). W takiej formie zostało udzielone pełnomocnictwo złożone przez Protestującego wraz z ofertą. Zamawiający nie kwestionuje zakresu umocowania, zatem przyjąć należy, iż zakres umocowania pozwalał na złożenie oferty w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Protestującego, brak tłumaczenia dokumentu pełnomocnictwa na język polski nie ma wpływu na ważność pełnomocnictwa. Zdaniem Protestującego, pełnomocnictwo (jako umocowanie do dokonywania określonych czynności w imieniu i na rzecz mocodawcy) należy odróżnić od dokumentu pełnomocnictwa oraz od tłumaczenia tego ostatniego na język polski. Dokument pełnomocnictwa oraz dokument tłumaczenia muszą być objęte, zdaniem Protestującego, zakresem normy wyrażonej w art. 25 ust. 1 zd.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zdaniem Protestującego, tłumaczenie treści pełnomocnictwa na język polski jest niezbędne do przeprowadzenia postępowania, to tym samym uzasadnione i niezbędne jest wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu.

W dniu 24 grudnia protest został oddalony przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, iż prowadząc postępowanie nie może doprowadzić do zawarcia umowy, która na mocy art.146 ust.5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych uznana byłaby

5

z mocy prawa za nieważną. Przepis ten stanowi, iż umowa jest nieważna, jeżeli w postępowaniu zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy lub doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Rażące naruszenie ustawy to takie naruszenie, które miało wpływ na wynik tego postępowania, a jest nacechowane rażącą sprzecznością z ustawowymi regułami wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dokonanie wyboru oferty wykonawcy, która powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z ustawą prowadziłoby do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miałyby wpływ na wynik postępowania. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie odstąpił od rygoru składania oferty, oświadczeń oraz dokumentów w języku polskim. Zamawiający w sporządzonej przez siebie SIWZ w pkt. 10.5 wymagał by oferta była sporządzona w języku polskim, a dokumenty wymienione w pkt. 9.1. oraz 10.2.1.-10.2.3., w tym pełnomocnictwo do podpisania oferty i pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich wykonawców występujących wspólnie sporządzone w innym języku, było złożone wraz z tłumaczeniem na język polski dokonany przez Wykonawcę.

Zamawiający podniósł, iż brak jest podstaw prawnych do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych z uwagi na brzmienie przepisu art.4 ust.1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, zgodnie z którym do postępowań wszczętych przed terminem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe za wyjątkiem wskazanych w tym przepisie czynności.

Zamawiający poparł swoje stanowisko ukształtowaną linią orzecniczą oraz stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych. Powołał się na wyrok z dnia 23 lutego 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/O-4891/06, postanowienie z dnia 18 kwietnia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/O-1048/06, sygn. akt UZP 2007-01-05. Zamawiający podniósł, iż wybór wykonawcy nie kreuje jeszcze obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż nie jest

zaś jest w przyrzeczeniu publicznym, obowiązkiem Zamawiającego przypadku dostrzeżenia błędów w swoim postępowaniu ich uchylenie nawet poprzez unieważnienia wcześniej podejmowanych czynności, tak długo, jak długo nie została zawarta umowa. Wskazał na konieczność uchylenia swojej wcześniejszej decyzji o wyborze oferty protestującego jako najkorzystniejszej z uwagi na brak w ofercie, który nie mógł zostać konwalidowany i zmuszony był przy braku ofert nie podlegających odrzuceniu do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 Pzp

Z argumentacją powyższą nie zgodził się Protestujący i w dniu 30 grudnia 2008 r. wniósł odwołanie do Prezesa UZP. Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu w dniu 30 grudnia 2008 r.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania podniesione w proteście. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego. Oświadczył, iż jest wykonawcą, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku poprzez naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów. Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- 3) unieważnienia czynności unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) z ostrożności -wezwanie do uzupełnienia tłumaczenia dokumentu pełnomocnictwa na język polski.

Odwołujący zakwestionował pogląd Zamawiającego, iż w każdej chwili - także po "uprawomocnieniu się" decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty - jest on władny dokonać zmiany lub uchylenia (unieważnienia) tej decyzji. Pogląd taki jest zdaniem Odwołującego nieuprawniony na podstawie Kodeksu cywilnego, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, iż złożenie oferty w przetargu wywiera dwa skutki prawne. Pierwszy skutek wyraża się w związaniu oferenta złożoną przez niego ofertą, drugi

zaś - polega na zaakceptowaniu propozycji ogłaszającego przetarg (Zamawiającego) co do dalszego trybu postępowania przetargowego - dochodzi do zawarcia porozumienia przetargowego, kreującego stosunek przetargowy. Powołał się na doktrynę m.in. G. Ćmiekiewicz, "Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy, Cz. I i II, PPHZ 1982/6 oraz 1983/7, Z. Radwański w: System prawa prywatnego. Prawo cywilne -część ogólna. Tom 2, Warszawa 2002, R. Szostak, "Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne", Kraków 2005). Celem tego stosunku jest doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność tę poprzedza badanie i ocena ofert oraz ewentualne czynności wykluczenia z postępowania, czy odrzucenia oferty. Dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jednocześnie zamyka pewien etap postępowania i otwiera kolejny. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i poinformowanie o tym wykonawcy, którego oferta została wybrana, kreuje przejściowy stosunek prawny, wyznaczający obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformowaniu o tym (złożeniu oświadczenia woli o przyjęciu oferty) wykonawcy, Zamawiający jest związany swoim oświadczeniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, tak jak wykonawca związany jest treścią

7

oferty. Zamawiający, czy wykonawca nie mogą cofnąć złożonych przez siebie oświadczeń woli. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego ewentualna korekta postępowania, gdyby było ono niezgodne z przepisami ustawy, dopuszczalna jest zupełnie wyjątkowo, w procedurze protestacyjno-odwoławczo-skargowej, i to pod warunkiem skorzystania z danego środka w terminie określonym przepisami ustawy. W przedmiotowej sprawie terminy te upłynęły, a wybór ofert nie został skutecznie podważony. Odwołujący przytoczył treść art. 61 § 1 zdanie 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp, zgodnie z którym odwołanie oświadczenia woli (w tym przypadku jest to odwołanie oświadczenia o wyborze oferty najkorzystniejszej) jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Odwołujący wskazał, iż na mocy art. 14 ustawy, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych nie modyfikują zaś w żadnym razie ani kodeksowych zasad składania oświadczeń woli, ani też nie przyznają Zamawiającemu (ani też wykonawcom) prawa do każdorazowej zmiany złożonego i przyjętego przez drugą stronę oświadczenia woli. Podniósł, iż skoro Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i złożył oświadczenie o jej wyborze Odwołującemu, zaś wybór oferty najkorzystniejszej nie został skutecznie podważony, to czynności tej Zamawiający nie może mógł uchylić lub zmienić, gdyż był złożonym przez siebie oświadczeniem. Zarówno po stronie Zamawiającego, jak i wykonawcy istnieje obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, iż czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (a w konsekwencji unieważnieniu postępowania) została dokonana bez podstawy prawnej i jest sprzeczna z przepisami ustawy oraz przepisami Kodeksu cywilnego, zatem powinna zostać unieważniona. Odwołujący nie zgodził się z poglądem Zamawiającego, iż zamieszczone w ofercie Odwołującego pełnomocnictwo jest wadliwe i nie upoważnia do złożenia oferty w imieniu i na rzecz Odwołującego się - wykonawców występujących wspólnie: GILDIA Sp. z o.o. oraz TELVENT Netherlands BV. Zdaniem Odwołującego pełnomocnictwo to upoważnia pełnomocnika do dokonania określonych w nim czynności w imieniu i na rzecz mocodawcy - wykonawców występujących wspólnie: GILDIA Sp. z o.o. oraz TELVENT Netherlands BV. Odwołujący zaznaczył, iż czynność prawna udzielenia pełnomocnictwa może być oceniana tylko i wyłącznie na gruncie przepisów prawa cywilnego - a mianowicie przepisów Działu VI Przedstawicielstwo Tytuł IV Czynności prawne Księga pierwsza Część Ogólna Kodeksu cywilnego (argument z art. 14 ustawy), albowiem kwestie związane z ważnością czynności prawnej nie są regulowane przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący powołał się na art. 99 § 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym pełnomocnictwo dla swej ważności wymaga udzielenia na piśmie, co zostało uczynione w przedmiotowej sprawie.

8

Skoro Zamawiający nie kwestionuje zakresu umocowania, to przyjąć należy - zdaniem Odwołującego, iż zakres umocowania pozwalał na złożenie oferty w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest więc zdaniem Odwołującego jakichkolwiek podstaw do kwestionowania ważności tego pełnomocnictwa, skoro i sam Zamawiający nie podał żadnej przyczyny, stanowiącej podstawę do skutecznego podważenia pełnomocnictwa (ważności i skuteczności udzielonego pełnomocnictwa). Z całą pewnością brak tłumaczenia dokumentu pełnomocnictwa na język polski nie może stanowić podstawy prawnej do podważenia ważności pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo (jako umocowanie do dokonywania określonych czynności w imieniu i na rzecz mocodawcy) należy odróżnić od dokumentu pełnomocnictwa oraz od tłumaczenia dokumentu pełnomocnictwa na język polski.

Zdaniem Odwołującego gdyby przyjąć, iż dokument pełnomocnictwa jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, zaś tłumaczenie tego dokumentu na język polski również jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, to stwierdzić należy, iż dokumenty te objęte być muszą zakresem normy wyrażonej w art. 25 ust. 1 zdanie 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Odwołujący wskazał, iż konsekwencją uznania powyższego poglądu jest dopuszczalne uzupełnienie „wadliwego” pełnomocnictwa poprzez uzupełnienie tłumaczenia dokumentu pełnomocnictwa na język polski. Skoro bowiem tłumaczenie treści dokumentu pełnomocnictwa na język polski jest niezbędne do przeprowadzenia postępowania, to tym samym uzasadnione i niezbędne jest wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, iż dopuszczalność wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów (w przypadku ich nie złożenia jak również w przypadku złożenia dokumentów wadliwych) niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu -w postaci pełnomocnictw -była możliwa także przed wejściem w życie nowelizacji ustawy z dnia 4 września 2008 r., o czym świadczy jednolite stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zaleceniach pokontrolnych w związku z prowadzonymi kontrolami uprzednimi postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Tytułem przykładu Odwołujący wskazał zalecenia pokontrolne zawarte w piśmie Prezesa UZP z dnia 24 października 2008 r. (UZP/DKD/KU/156/2008), dotyczącym kontroli uprzedniej postępowania prowadzonego przez Miasto stołeczne Warszawa w trybie przetargu nieograniczonego na usługi doradztwa w zakresie przygotowania do realizacji przedsięwzięć z udziałem podmiotów prywatnych oraz nadzoru nad ich realizacją. W

zaleceniach tych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wyraził następujący pogląd prawny, cyt.: "W myśl art. 103 § 1 i 2 K.c. jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta. Druga strona może wyznaczyć osobie, w której imieniu umowa została zawarta, odpowiedni termin do potwierdzenia umowy i staje się wolna po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu. Zgodnie natomiast z art. 104 k.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Z powyższego wynika, że (w opisaney sytuacji, zamawiający był upoważniony do wezwania członków konsorcjum, na podstawie art. 103 k.c. w związku z art. 104 k.c., do potwierdzenia ważności czynności dokonanych przez członków konsorcjum. Jeżeli w wyznaczonym czasie przedstawiciele spółek wchodzących w skład konsorcjum nie potwierdziliby ważności tychże czynności, złożoną przez Odwołującego ofertę należałoby odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów -to jest art. 96 k.c. w zw. z art. 103 §2 k.c., ponieważ oferta ta została złożona przez osobę nieumocowaną do działania w imieniu członków konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego, podobne stanowisko zajął Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w następujących zaleceniach pokontrolnych:

1) z dnia 30 stycznia 2007 r. w kontroli uprzedniej Nr UZP/DK/KU/8/2007 postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Wrocław na: "Rozbudowę kanalizacji osiedlowej -III etap (Brochów, Jagodno)",
2) z dnia 1 września 2006 r. w kontroli uprzedniej Nr UZP/DK/KU/217/2006) postępowania prowadzonego przez Miasto Rybnik na budowę kanalizacji w dzielnicy Niewiadom Górny (Buzowice) w Rybniku oraz w gminach Gaszowice i Jejkowice,
3) z dnia 28 września 2006 r. w kontroli uprzedniej UZP/DK/KU/223/2006 postępowania prowadzonego przez Miasto Tychy na zaprojektowanie i budowę kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej w miejscowości Tychy na terenie dzielnicy Czułów oraz regulację cieków terenowych,
4) z dnia 12 grudnia 2006 r. w kontroli uprzedniej Nr UZP/DK/KU/278/2006 postępowania prowadzonego przez Zarząd Dróg i Komunikacji we Wrocławiu na przebudowę ul. Lotniczej w ciągu drogi krajowej nr 94.
Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na długo przed wejściem w życie art. 26 ust. 3 ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008 r., prezentował jednolite stanowisko w zakresie ciężącego na zamawiających obowiązku wzywania wykonawców do

10

potwierdzania czynności zdziałanych przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika. Odwołujący podniósł, iż tego rodzaju stanowisko jest również prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 4 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP/16/07 i KIO/UZP 30/07), Izba przedstawiła następujący pogląd prawny, cyt.: Nie budzi wątpliwości, iż udzielenie pełnomocnictwa jest jednostronną czynnością prawną w rozumieniu art. 104 kodeksu cywilnego. Regułą jest, iż jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania jest obciążona sankcją nieważności. Ww. regulacja prawna przewiduje jednak wyjątek od powyższej zasady polegający na zgodzie adresata oświadczenia rzekomego pełnomocnika na jego działanie bez umocowania. W takim przypadku ustawa nakazuje stosowanie art. 103 kodeksu cywilnego, na podstawie którego ważność czynności prawnej zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu czynność została dokonana."

Zdaniem Odwołującego, skoro zamawiający zobowiązany był i jest obecnie do żądania potwierdzania czynności wykonanych przez osobę, która nie była właściwie umocowana (działała bez pełnomocnictwa lub z przekroczeniem jego zakresu), to tym bardziej na zamawiającym ciążył obowiązek wezwania wykonawcy do przedłożenia - tłumaczenia na język polski - prawidłowo udzielonego pełnomocnictwa na rzecz pełnomocnika.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający dokonał odrzucenia oferty oraz unieważnienia postępowania bez spełnienia przesłanek do ich zastosowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w dniu 15.10.2008 r. Następnie w wyniku postępowania protestacyjnego oraz w wyniku podjęcia przez Zamawiającego czynności związanych z weryfikacją poprawności przebiegu postępowania poprzez uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej pismem z dnia 12 grudnia 2008 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej Pzp) i unieważnił postępowanie na podstawie art.93 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na brak w postępowaniu ofert nie podlegających odrzuceniu.

11

Na stronie 7 oferty Odwołującego zostało załączone pełnomocnictwo w języku angielskim dla Pana Marcina G. do reprezentowania spółki Televent Netherlands BV w konsorcjum wraz ze spółką Gildia sp. zo.o. w przedmiotowym postępowaniu. Oferta nie

zawierała dokumentu tłumaczenia tego pełnomocnictwa na język polski.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż z uwagi na brzmienie art.146 ust.1 pkt. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i po powzięciu informacji, iż wybór oferty został dokonany z rażącym naruszeniem ustawy lub w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania, może ponownie dokonać badania i oceny ofert, a także takie postępowanie unieważnić.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy wzięła pod uwagę zasadę określoną w art. 9 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim z zachowaniem zasady pisemności oraz postanowienia siwz tj. pkt 10.5 siwz, zgodnie z którym dokumenty wymienione w pkt.10.2.1-10.2.4 (także pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia) powinny zostać złożone wraz z tłumaczeniem na język polski.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.89 ust. pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przytoczonymi przepisami Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty w przypadku, gdy oferta jest niezgodna z ustawą oraz gdy jej treść nie odpowiada treści siwz. Przez ofertę niezgodną z ustawą należy rozumieć ofertę niezgodną z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 7-9 Pzp), jak też z poszczególnymi przepisami ustawy. Przepis art.9 ustanawia dwie podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych: zasadę pisemności postępowania z zastrzeżeniem wyjątków wskazanych w ustawie oraz zasadę prowadzenia postępowania w języku polskim. Przepis art. 9 ust.3 Pzp w szczególności uzasadnionych przypadkach zezwala zamawiającemu na wyrażenie zgody na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie publiczne mogą uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia na takich samych zasadach jak pojedynczy wykonawca. Zgodnie jednak z art. 23 ust.2 ustawy wykonawcy ustanawiają pełnomocnika

12

do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z uwagi na wyrażoną w art. 9 zasadę pisemności oraz prowadzenia postępowania w języku polskim pełnomocnictwo takie powinno być udzielone w formie pisemnej oraz sporządzone w języku polskim, lub w przypadku sporządzenia pełnomocnictwa w języku obcym Wykonawca powinien dołączyć jego tłumaczenie na język polski. Wyjątkiem jest postępowanie, w którym Zamawiający wyraził zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów w innych językach powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

W związku z powyższym nie potwierdził się zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż w przypadku złożenia oferty zawierającej dokument pełnomocnictwa sporządzony w języku angielskim Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt. 1 i 2 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła także, iż zgodnie z art.5 ust. 2 w związku z art.4 pkt 4) ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz.U. z 1999 Nr 90,poz.999 ze zm.) język polski jest językiem urzędowym konstytucyjnych organów państwa, organów jednostek samorządu terytorialnego i podległych im instytucji w zakresie, w jakim wykonują zadania publiczne, terenowych organów administracji publicznej, innych organów oraz instytucji powołanych do realizacji określonych zadań publicznych. Przepis art.5 cyt. ustawy stanowi , iż zarówno podmioty wykonujące zadania publiczne na terytorium RP dokonują wszelkich czynności urzędowych oraz składają oświadczenia woli w języku polskim, jak również oświadczenia woli, podania i inne pisma składane tym organom powinny być dokonywane

w języku polskim. Polska Agencja Ślugi Powietrznej została utworzona na podstawie ustawy z dnia 8 grudnia 2006 r. o Polskiej Agencji Ślugi Powietrznej jako państwowa osoba prawna podległa ministrowi właściwemu do spraw transportu. Instytucja ta wykonuje zadania publiczne, gdyż została powołana do zapewnienia bezpiecznej, ciągłej, płynnej i efektywnej żeglugi powietrznej w polskiej przestrzeni powietrznej przez wykonywanie funkcji instytucji zapewniających służby żeglugi powietrznej, zarządzanie przestrzenią powietrzną oraz zarządzanie przepływem ruchu lotniczego zgodnie z przepisami Unii Europejskiej, umowami międzynarodowymi i uchwałami organizacji międzynarodowych, oraz przepisami Prawa lotniczego oraz innymi przepisami. Przepis art. 5 ust. 2 w związku z art. 4 pkt 4) ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim ma do niej także zastosowanie, a więc oświadczenia woli, podania i inne pisma składane temu podmiotowi powinny być dokonywane w języku polskim.

13

W przypadku składania dokumentu w języku obcym Wykonawca powinien załączyć jego tłumaczenie.

Izba nie brała pod uwagę zaleceń pokontrolnych Prezesa UZP odnośnie postępowań wskazanych przez Odwołującego, gdyż dotyczą one odmiennych stanów faktycznych i nie mogą być brane pod uwagę przy rozstrzyganiu przedmiotowego odwołania.

Z uwagi na okoliczność, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2008 r. i z uwagi na fakt, iż Zamawiającego w dniu odrzucenia oferty Odwołującego obowiązywała treść art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. (Dz.U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis ten zobowiązywał Zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ustawy lub którzy złożyli dokumenty, zawierające błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis ten odwoływał się do możliwości uzupełniania oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań określonych przez zamawiającego odnośnie oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Dokumenty te wymienia rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2006 r. Nr 8, poz. 605). Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż w odniesieniu do pełnomocnictw przedkładanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisy cyt. rozporządzenia nie mają zastosowania. Zamawiający nie mógł więc na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnić dokumentu pełnomocnictwa.

W obecnym stanie prawnym tj. w postępowaniach wszczętych po dniu 24 października 2008 r. Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców którzy nie złożyli lub złożyli wadliwe pełnomocnictwa do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Przepis art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wskazuje, iż do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie tej ustawy, tj. 24 października 2008 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany

14

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawienia omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym nowelizowaną ustawą. Wyjątki wskazane w przepisach przejściowych nie dotyczą kwestii uzupełnienia pełnomocnictwa.

W związku z powyższym z uwagi na art.4 ust.1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający nie naruszył przepisu art.26 ust.3 w brzmieniu obowiązującym przed cyt. nowelizacją ustawy poprzez zaniechanie żądania uzupełnienia dokumentu w postaci pełnomocnictwa lub jego tłumaczenia.

Z uwagi na okoliczność, iż oferta Odwołującego zawierała dokument pełnomocnictwa w języku angielskim, którego nie można było uzupełnić na podstawie brzmienia art. 26 ust.3 ustawy przed nowelizacją oraz odrzucenie (bądź wykluczenie pozostałych wykonawców) zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. W związku z powyższym w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust.1 pkt. 1 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art.7 ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert dokonał tej czynności w trosce o zawarcie ważnej umowy z uwagi na przepis art.146 ust.1 pkt 5) i 6) ustawy Prawo zamówień publicznych przewidujący sankcję nieważności umowy do sytuacji dokonania oferty z rażącym naruszeniem ustawy lub gdy w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Odwołujący nie udowodnił, iż Zamawiający przeprowadził postępowanie (w szczególności ponowną ocenę ofert) w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na nieuwzględnienie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art.7, art.89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy oraz art.26 ust.3 ustawy w brzmieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przed nowelizacją ustawy dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 171, poz.1058) oraz z uwagi na przepis art.146 ust.1 pkt.5) i 6) ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 i 191 a ustawy Pzp.

15

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

16

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*

17