

WYROK

z dnia 17 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2011 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adam
śak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo –
– Budowlana Adam śak Kłoda 16A/7, 64-130 Rydzyna oraz Ryszard
Chmielewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą
Wielobranżowe – Ryszard Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe
Chmielewski ul. Borowikowa 12, 64-100 Leszno**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Mechaników Polskich
ul. Świętokrzyska 14, 00-015 Warszawa**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru
oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny
ofert dla części I i III,**

KIO 462/11 1z9

- 2. kosztami postępowania obciąża Stowarzyszenie Inżynierów
i Techników Mechaników Polskich ul. Świętokrzyska 14, 00-015
Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości
10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)
z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie
ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adam śak prowadzący
działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo –
– Budowlana Adam śak Kłoda 16A/7, 64-130 Rydzyna oraz
Ryszard Chmielewski prowadzący działalność gospodarczą pod
nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe
Ryszard Chmielewski ul. Borowikowa 12, 64-100 Leszno,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy
złotych zero groszy) przez **Stowarzyszenie Inżynierów i Techników
Mechaników Polskich ul. Świętokrzyska 14, 00-015 Warszawa**
na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia: Adam śak prowadzący działalność gospodarczą pod
nazwą Firma Remontowo – – Budowlana Adam śak Kłoda 16A/7,
64-130 Rydzyna oraz Ryszard Chmielewski prowadzący
pod nazwą działalność gospodarczą Wielobranżowe
Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Ryszard Chmielewski
ul. Borowikowa 12, 64-100 Leszno** tytułem zwrotu kosztów wpisu.

KIO 462/11 2z9

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo
zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)
na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje
skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu
Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

KIO 462/11 3z9

UZASADNIENIE do wyroku KIO 462/11 z 17 marca 2011 r.

Zamawiający – Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Mechaników Polskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na remont pokoi hotelowych z łazienkami, remont pomieszczeń na saunę, budowę sauny z wyposażeniem, remont pomieszczeń w przyziemiu, zakup i założenie wykładzin w salach wykładowych i na ciągach komunikacyjnych Zamku SIMP w Rydzynie* w ramach projektu *Zwiększenie atrakcyjności turystycznej i promocji regionu leszczyńskiego poprzez podniesienie standardu Zamku w Rydzynie, Priorytet VI Turystyka i Środowisko Kulturowe, Działanie 6.1 Turystyka, Schemat i Infrastruktura turystyczna WRPO na lata 2007 – 2013* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 26 stycznia 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1 marca 2011 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Adam ńak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo – Budowlana Adam ńak oraz Ryszard Chmielewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Ryszard Chmielewski otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że nie złożył pełnomocnictwa, którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7 marca 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu rażące naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie obligatoryjnego wezwania go do przedłożenia pełnomocnictwa,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na błędnym i bezpodstawnym przyjęciu, że brak przekazania Zamawiającemu informacji o ustanowieniu pełnomocnika

KIO 462/11 4z9

pomimo braku wezwania do przedłożenia pełnomocnictwa stanowi przesłankę odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą, 3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z punktem 7.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zaniechanie obligatoryjnego wezwania wykonawcy do przedłożenia pełnomocnictwa i tym samym naruszenie równego traktowania wykonawców i w konsekwencji udzielenie zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w części I i III przedmiotu zamówienia,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w części I i III,
3. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w części I i III,
4. powtórzenie postępowania przetargowego w części I i III w zakresie

czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
5. uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą,
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania,
ewentualnie, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została
zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1
ustawy Prawo zamówień publicznych o unieważnienie umowy oraz
obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.
Odwołujący wniósł też o przeprowadzenie dowodów ze wskazanych
dokumentów postępowania.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że naruszenie art. 26 ust. 3
ustawy Prawo zamówień publicznych polegało na zaniechaniu
obligatoryjnego wezwania go do przedłożenia brakującego pełnomocnictwa,
zaś naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 2 ustawy Prawo
zamówień publicznych jest konsekwencją powyższego naruszenia i polegało
na błędnym i bezpodstawnym przyjęciu, że brak przekazania
Zamawiającemu informacji o ustanowieniu pełnomocnika, pomimo braku

KIO 462/11 5z9

wezwania do przedłożenia pełnomocnictwa, stanowi przesłankę odrzucenia
oferty jako niezgodnej z ustawą. Skuteczne odrzucenie oferty mogłoby mieć
miejsce wówczas, gdyby Odwołujący nie przedłożył pełnomocnictwa pomimo
wcześniejszego wezwania do jego przedłożenia przez Zamawiającego.
Naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw.
z punktem 7.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegało na
zaniechaniu obligatoryjnego wezwania wykonawcy do przedłożenia
pełnomocnictwa, czego konsekwencją jest naruszenie równego traktowania
wykonawców i udzielenie zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy i
specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Punkt 7.6. specyfikacji bowiem
wyraźnie stanowi o obligatoryjnym wezwaniu wykonawców do złożenia
odpowiednich pełnomocnictw (stanowi powtórzenie treści art. 26 ust. 3).
Odwołujący wskazał, że 22 lutego 2011 r. Zamawiający wezwał
Odwołującego do uzupełniania wskazanych w wezwaniu braków (innych niż
pełnomocnictwo), zatem Zamawiający miał pełną możliwość wezwania
wykonawcy do przedłożenia pełnomocnictwa.
Nadto Zamawiający nie poinformował o odrzuceniu oferty i dokonania
wyboru oferty najkorzystniejszej uczestnika konsorcjum – Ryszarda
Chmielewskiego, o czynnościach Zamawiającego informowany był wyłącznie
Adam śak.
Powyższe naruszenia doprowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego
i dokonania wyboru oferty bez jej uwzględniania, co miało wpływ na wynik
postępowania, bowiem oferta Odwołującego była najkorzystniejsza.

Zamawiający podczas rozprawy stwierdził, iż art. 26 ust. 3 ustawy Prawo
zamówień publicznych dotyczący uzupełnienia pełnomocnictwa nie ma
zastosowania w sytuacji, gdy pełnomocnik, o którym mowa w art. 23 ust. 2
ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie został ustanowiony, gdyż,
skoro nie ma pełnomocnika, niecelowe jest wzywanie o pełnomocnictwo.
Oferta została podpisana przez dwóch wykonawców, zatem niewiadome jest,
kto komu miałby udzielić pełnomocnictwa.

KIO 462/11 6z9

W odniesieniu do pisma wzywającego do uzupełnienia dokumentów z 22
lutego 2011 r. stwierdza, iż dotyczy ono wyłącznie pana śaka i części II
zamówienia, dla której złożył on ofertę samodzielnie.
Informacja o wyniku postępowania została przekazana zarówno panu
śakowi, jak i panu Chmielewskiemu, z tym że pan śak odebrał ją osobiście,
a do pana Chmielewskiego została przesłana pocztą.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, w tym istotnych zamówienia, oferty specyfikacji warunków Odwołującego, wskazanych pism oraz z wyjaśnień Stron i stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony przez Strony nie jest sporny i pokrywa się ze stanem wynikającym z dokumentacji postępowania.

Bezsporne jest, że oferta została podpisana przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zatem sama oferta została złożona w sposób poprawny i jest ważna.

Bezsporne jest także, że w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca nałożył na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu i niewyznaczenie pełnomocnika jest

KIO 462/11 7z9

uchybień temu obowiązkowi. Celem wprowadzenia tego wymogu jest niewątpliwie ustalenie i ułatwienie zamawiającym przekazywania i otrzymywania oświadczeń i zawiadomień do i od jednego pełnomocnika, a nie każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Natomiast biorąc pod uwagę całokształt przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz prawa cywilnego, należy stwierdzić, że przepis ten nie przewiduje sankcji w przypadku niewypełnienia tego obowiązku, a już w szczególności w postaci wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub odrzucenia ich oferty. Należy też zwrócić uwagę, że wyznaczenie pełnomocnika nie musi wiązać się ze złożeniem oferty, ale również wcześniejszym etapem postępowania, np. złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub prowadzeniem negocjacji, trudno więc bezpośrednio wiązać wyznaczenie pełnomocnika z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych z przesłankami odrzucenia oferty, do których odnosi się art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (choćby rzeczywiście takie poglądy pojawiały się po wprowadzeniu ustawy w 2004 r.). Również na gruncie prawa cywilnego trudno utożsamiać ze sobą ofertę, która jest oświadczeniem drugiej stronie woli zawarcia umowy określającym istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 kodeksu cywilnego) i pełnomocnictwo, czyli umocowanie do działania w cudzym imieniu wynikające z oświadczenia reprezentowanego (art. 96 kodeksu cywilnego) – w wyraźny sposób są to dwa oświadczenia woli, jakkolwiek oczywiście wady lub nieważność pełnomocnictwa ma wpływ na ważność i poprawność złożonej przez pełnomocnika oferty. Prawo cywilne nie przewiduje również generalnego zakazu działania mocodawcy w przypadku wyznaczenia pełnomocnika, tak więc mimo wyznaczenia pełnomocnika, oferta mogłaby być podpisana wspólnie przez obu wykonawców.

Tym samym Izba uznała, że na gruncie stanu faktycznego będącego podstawą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, nie ma podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Należy również przyznać rację Zamawiającemu, że ze względu

KIO 462/11 8z9

na nieustanowienie pełnomocnika bezcelowe jest również wzywanie Odwołującego o przedstawienie pełnomocnictwa (chyba że Zamawiający uzna to za celowe, choćby dla ułatwienia prowadzenia korespondencji z tymi wykonawcami).

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. 2 pkt 1, § 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

.....

KIO 462/11 9z9