Sygn. akt: KIO 258/13

WYROK
z dnia 20 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrum Obsługi Zamówień Publicznych Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz D…….. S……. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Kancelaria radcy prawnego D……. S……... w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Szkołę Główną Służby Pożarniczej w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Szkole Głównej Służby Pożarniczej w Warszawie –** unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrum Obsługi Zamówień Publicznych Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz D…….. S…….. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Kancelaria radcy prawnego D…….. S…….. w Warszawie** z postępowania i powtórzenie czynności oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Szkołę Główną Służby Pożarniczej w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrum Obsługi Zamówień Publicznych Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz D…….. S…….. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Kancelaria radcy prawnego D…….. S…….. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Szkoły Głównej Służby Pożarniczej** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrum Obsługi Zamówień Publicznych Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz D…….. S…….. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Kancelaria radcy prawnego D…….. S…….. w Warszawie** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

……

Sygn. akt: KIO 258/13

Uzasadnienie

Zamawiający - Szkoła Główna Służby Pożarniczej w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę prawniczą (niepriorytetową) – bieżącą obsługę prawną wybranych zagadnień związanych z działalnością Uczelni”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 6 lutego 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia: Centrum Obsługi Zamówień Publicznych Spółkę z ograniczoną
S……. działalność odpowiedzialnością w Warszawie oraz
D…… prowadzącą
gospodarczą pod firmą: Kancelaria radcy prawnego D……. S……. w Warszawie
(dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołujących się z postępowania.

Odwołujący się podnieśli, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał czynności odrzucenia 2 ofert (oferta nr 3 oraz 5) oraz wykluczenia z postępowania 5 wykonawców (oferty nr 1, 2,6,7,8), zaś jedyna oferta która nie została odrzucona a wykonawca nie został wykluczony to oferta nr 4, która zgodnie z oświadczeniem zamawiającego, przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tej sytuacji to oferta odwołujących się, o ile nie zostaliby wykluczeni z postępowania, byłaby ofertą najkorzystniejszą a odwołujący się uzyskaliby przedmiotowe zamówienie.

Czynnościom zamawiającego odwołujący się zarzucili naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący się wnieśli o:
- unieważnienie decyzji zamawiającego w przedmiocie wykluczenia odwołujących się z postępowania jako naruszającej art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, jako pozbawionej tak podstawy prawnej, jak i faktycznej, czego skutkiem będzie przywrócenie tej oferty jako niepodlegającej odrzuceniu i złożonej przez wykonawcę niewykluczonego;

Skutkiem tej czynności będzie musiało być unieważnienie decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na fakt, iż cena

oferty odwołujących się (brutto za 36 miesięcy świadczenia usług wynosi 297 561,60 zł) mieści się w kwocie jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (zgodnie z danymi odczytanymi podczas otwarcia ofert kwota ta wynosi 330 000 zł).
- dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty odwołujący się.

Odwołujący się podnieśli, iż - jak wynika z uzasadnienia czynności wykluczenia – podstawą do dokonania tej czynności był przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził w zawiadomieniu o wykluczeniu, iż wezwał odwołującego się w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp w sprawach uprawnionych do składania oświadczeń, udzielenia pełnomocnictwa. Odwołujący się złożyli wyjaśnienia listownie po terminie. Wzięto pod uwagę datę i godzinę nadania listu w Urzędzie pocztowym (wg stempla pocztowego).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 lutego 2013 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż wykluczenie odwołujących się nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, iż do czasu otrzymania kopii odwołania był przekonany o uzyskaniu wyjaśnień od odwołującego się tylko w wersji listownej. Wiadomości kierowane na skrzynkę e-mailową zam@sgsp.edu.pl są sprawdzane codziennie na czterech komputerach przez pracowników Działu Zamówień Publicznych. Nadto w pamięci komputerów zawarte są nadal dane z tamtego okresu, które nie potwierdzają otrzymania wiadomości od odwołujących się.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią pkt 6 SIWZ - informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, informacje, itp. zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie oraz faksem lub drogą elektroniczną. W przypadku wykorzystania faksu lub drogi elektronicznej każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. SGSP oczekuje na takie potwierdzenia.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący się złożyli ofertę jako konsorcjum wykonawców w składzie: Centrum Obsługi Zamówień Publicznych sp. z o.o. oraz Kancelaria Radcy Prawnego D……. S…….

Zgodnie z wymaganiem zamawiającego zawartym w treści siwz, wykonawca złożył wraz z ofertą aktualny odpis z KRS dla Centrum Obsługi Zamówień Publicznych sp. z o.o.

Zamawiający pismem datowanym na dzień 18.01.2013 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień do złożonej oferty w następującym zakresie:

- ustanowienia pełnomocnika w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia,
- składanych oświadczeń w imieniu wykonawcy - Centrum Obsługi Zamówień Publicznych sp. z o.o.

Zamawiający wskazał w treści wezwania, iż wg danych zawartych w Dziale 2 złożonego KRS rubryka 1 pkt 2 sposób reprezentacji podmiotu nie wskazuje na uprawnienia dla prokurentów bez udziału członka zarządu.

Wyjaśnienia miały zostać –przesłane w nieprzekraczalnym terminie do 21 stycznia 2013 roku do godz. 14 w sposób określony w pkt. 6 siwz. Drogą elektroniczną na adres: zam@sgsp.edu.pl.

Na podstawie przedstawionej przez zamawiającego koperty Izba ustaliła, że odwołujący się w dniu 21 stycznia 2013 roku przesłał listem poleconym wymagane wyjaśnienia. Zamawiający otrzymał przesyłkę w dniu 23 stycznia 2013 roku.

Odwołujący się na rozprawie przedstawili dowód nadania przesyłki poleconej z datą nadania 21 stycznia 2013 roku.

Odwołujący się przedstawił również wydruk z korespondencji mailowej potwierdzający wysłanie w dniu 21 stycznia 2013 roku godz. 11:12 na wskazany adres mailowy żądanych wyjaśnień Złożył również do akt wydruk statusu przekazania tej przesyłki w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski.

W piśmie z dnia 21 stycznia 2013 roku, iż: COZP, jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców KRS zaś zgodnie z wpisem w dziale 2 rubryka 1 pkt 1 zawartym w odpisie z rejestru przedsiębiorców KRS z dnia 24.07.2012 r. dla COZP, złożonym wraz z ofertą przez wykonawcę, organem zarządzającym w spółce COZP jest zarząd. Wpis w dziale 2 rubryka 1 pkt 2 stanowi odnośnie sposobu

reprezentacji spółki: „do składania oświadczeń woli i wiedzy w zakresie praw i obowiązków majątkowych i niemajątkowych oraz podpisywania w imieniu spółki są upoważnieni: w razie powalania zarządu jednoosobowego - prezes zarządu samodzielnie, a w razie powołania zarządu wieloosobowego - prezes zarządu jednoosobowo, dwaj członkowie zarządu łącznie, albo jeden członek zarządu łącznie z prokurentem

Zgodnie z umową spółki i odpisem z rejestru przedsiębiorców KRS złożonym wraz z ofertą, COZP posiada jednoosobowy zarząd (prezesa zarządu) w osobie H……. T……..-S…….. (dział 2 rubryka 1 podrubryka 1).

Zgodnie z dokonanymi wpisami w dziale 2 rubryka 3 prokura została udzielona dla wymienionych osób oddzielnie i jako taka ma charakter prokury samoistnej (art. 109(4) § 1 Kodeksu cywilnego). Oznacza to, że każdy z prokurentów samodzielnie może reprezentować spółkę COZP, w tym podpisać ofertę.

Pismem z dnia 7 lutego 2013 roku, przekazanym wykonawcom w dniu 7 lutego 2013 roku zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawą stanowiska wyrażonego w sentencji orzeczenia stało się przekonanie Izby, iż zamawiający nie miał podstaw do wzywania odwołujących się do udzielenia wyjaśnień o

treści wskazanej w piśmie z dnia 18 stycznia 2013 roku.

Izba nie zgadza się z zamawiającym, iż według danych zawartych w Dziale 2 wpisu do KRS o nr. 305973 sposób reprezentacji podmiotu nie wskazuje na uprawnienia dla prokurentów bez udziału członka zarządu.

Z rzeczonego wpisu wynika uprawnienie do samodzielnego działania prezesa zarządu w przypadku, gdy zarząd jest jednoosobowy, a w razie powołania zarządu wieloosobowego – prezes zarządu jednoosobowo albo dwaj członkowie zarządu łącznie, albo jeden członek zarządu łącznie z prokurentem. Zapis taki w żadnym wypadku nie

oznacza, że prokurenci samoistni są uprawnieni do działania tylko z członkami zarządu i tylko w przypadku, gdy zarząd w spółce jest wieloosobowy. Takiemu stanowisku przeczą zarówno przepisy Kodeksu cywilnego o prokurze, jak i stanowisko sądów powszechnych i doktryny.

W rubryce 3 wpisu ujawnieni są prokurenci spółki w osobach Pani M…….. J…….-K……. i Pani B…… C…….. Obydwie prokury są prokurami samoistnymi.

Zgodnie z art. 109^1 § 1 Kodeksu cywilnego prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Taki zapis oznacza bardzo szerokie uprawnienia dla prokurenta w zakresie reprezentowania przedsiębiorcy, który tej prokury udzielił. Jedynie art. 109^3 K.c. ustanawia szczególne wymogi dotyczące pełnomocnictwa do czynności wskazanych w tym przepisie, jednakże czynności te nie dotyczą uczestnictwa przedsiębiorcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Prokury, co do zasady, nie można ograniczyć wobec osób trzecich (art. 109^1 § 2 K.c.).

Zakres prokury jest znacznie szerszy od zakresu pełnomocnictwa ogólnego, które obejmuje wyłącznie czynności zwykłego zarządu. Umocowanie prokurenta obejmuje zarówno czynności zwykłego zarządu, jak i przekraczające ten zarząd, z zastrzeżeniem, że są to czynności związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa mocodawcy. Prokurent jako pełnomocnik składa własne oświadczenie woli, ale działa w imieniu i z bezpośrednim skutkiem prawnym dla mocodawcy, co oznacza, że jego czynności wywołują skutki prawne bezpośrednio po stronie reprezentowanego. Reprezentuje on przedsiębiorcę bez konieczności uczestniczenia w dokonywanych czynnościach przez jego organy.

Ustawodawca wyróżnia dwa rodzaje prokury udzielanej kilku osobom: jest to prokura łączna i prokura udzielona kilku osobom oddzielnie (samoistna). Prokura ma charakter prokury łącznej, gdy wyraźnie to wynika z oświadczenia mocodawcy. W przeciwnym razie mamy do czynienia z prokurą udzieloną kilku osobom oddzielnie (art. 107 zdanie pierwsze k.c.). Sens takiej prokury sprowadza się do tego, że zapewnia ona jednoosobową reprezentację przedsiębiorcy przez prokurenta.

W tej sytuacji bez znaczenia dla funkcjonowania prokurentów COZP Sp. z o.o. oraz zakresu ich czynności związanych z prowadzeniem spółki jest zapis działu 2 rubryka 1 pkt 2 wpisu do KRS 305973, statuujący obowiązek współdziałania członka zarządu z prokurentem wówczas, gdy zarząd jest wieloosobowy. Wprowadzenie takiej zasady skutkuje tym, że członek zarządu składa oświadczenia woli razem z prokurentem, co stanowi system kontroli

wobec członka zarządu. Jeżeli więc obowiązuje reprezentacja łączna w spółce, polegająca na konieczności współdziałania członka zarządu i prokurenta, a jest udzielona prokura samoistna, oznacza to, że prokurenci mogą dokonać czynności samodzielnie, bez współdziałania z członkiem zarządu. Ich obecność będzie jednak konieczna z punktu widzenia członka zarządu, gdyż wówczas do czynności prawnej powinny przystąpić dwie osoby. Zapis taki odzwierciedla zasadę kontroli odnoszącą się wyłącznie do członków zarządu, a nie do prokurentów.

Powyższe nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zarząd jest jednoosobowy, jak to ma miejsce obecnie w przypadku COZP Sp. z o.o. W przypadku tej spółki aktualnie uprawnionymi osobami do jej reprezentacji są zarówno prezes zarządu, jak i każdy z prokurentów samodzielnie.

W ocenie Izby odwołujący się nie udowodnili, iż wyjaśnienia, których żądał od nich

zamawiający, dostarczyli w wyznaczonym terminie. Odwołujący się wykazali, iż wysłali wyjaśnienia drogą elektroniczną w dniu 21 stycznia 2013 roku godz. 11.12, a zatem przed upływem terminu, niemniej jednak nie wykazali, iż korespondencja ta dotarła do zamawiającego w tym dniu przed godz. 14.00. Izba nie uwzględniła dowodu w postaci wydruku statusu doręczenia korespondencji, ponieważ jest on sporządzony w języku angielskim, a odwołujący się nie przedstawili jego tłumaczenia na język polski, co pozostaje w sprzeczności z wymogiem określonym w § 6 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U Nr 226, poz. 1817). Z kolei list polecony, zawierający wyjaśnienia w formie pisemnej dotarł do zamawiającego w dniu 23 stycznia 2013 roku.

Niemniej jednak, uznając, iż żądanie wyjaśnień od odwołujących się, w świetle złożonych przez nich dokumentów, było bezpodstawne, Izba stwierdziła, iż fakt niedoręczenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie nie może mieć wpływu na sytuację odwołujących się w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

8

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

……

9