

WYROK
z dnia 2 listopada 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **KARMAR S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa**

od czynności Zamawiającego

Urząd Skarbowy w Piasecznie z siedzibą w Piasecznie przy ulicy Czajewicza 2/4, 05 – 500 Piaseczno,

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S. A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę KARMAR S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy

złotych zero groszy) uiszczony przez **KARMAR S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

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**.

.....

str. 2

UZASADNIENIE

Zamawiający **Urząd Skarbowy w Piasecznie z siedzibą w Piasecznie przy ulicy Czajewicza 2/4, 05 – 500 Piaseczno** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „**Budowa Urzędu Skarbowego w Piasecznie wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą towarzyszącą**” opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 5 czerwca 2010 roku pod numerem 2010/S 108-163577.

7 października 2010 roku Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyniku postępowania.

18 października 2010 roku Odwołujący - wykonawca **KARMAR S. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa** wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec podjętych w postępowaniu czynności Zamawiającego -

zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek) z postępowania o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tych wykonawców, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy w zw. z art. 104 Kodeksu Cywilnego.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

- **art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy** poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- **art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy** poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania z powodu nie wykazania przez konsorcjum spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

str. 3

-
- **art. 82 ust 3 ustawy** poprzez jego niezastosowanie i wybór oferty, której treść nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”),
 - **art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy** poprzez jego niezastosowanie i nieodrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek), która nie odpowiada treści SIWZ i jest nieważna na podstawie art. 104 zd. 1 Kodeksu Cywilnego,
 - **26 ust. 3 ustawy** poprzez wezwanie do „uzupełnienia oferty”, gdy przepis ten daje możliwość wyłącznie do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, których brak lub które zawierają błędy możliwe do poprawy, przy czym łącznie musi być spełniony warunek nieistnienia innych przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty,
 - **art. 23 ust. 1 i 2 ustawy** poprzez niespełnienie warunku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, a także poprzez złożenie oferty i wniesienie wadium przez podmiot nieuprawniony do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek) w postępowaniu,
 - **oraz innych przepisów** wskazanych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek) jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu przetargowym,
- wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano –

str. 4

- ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek) z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenie oferty złożonej przez tych wykonawców,
- wybór oferty KARMAR S.A. – Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu oferty, która nie podlega odrzuceniu; oraz
 - zwrot kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Odwołujący, wykazuje w odwołaniu, iż posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż jest wykonawcą, który złożył ważną ofertę w niniejszym postępowaniu a czynności Zamawiającego dokonane w trakcie oceny ofert uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia. Oferta złożona przez Odwołującego została oceniona jako druga w rankingu wszystkich złożonych i nie podlegających odrzuceniu ofert. Zarzuty Odwołującego wskazują, że to oferta Odwołującego stanowi ofertę najkorzystniejszą, a dokonanie przez Zamawiającego oceny ofert w sposób naruszający przepisy ustawy doprowadziło do sytuacji, w której Odwołujący może utracić możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Gdyby naruszające przepisy ustawy czynności Zamawiającego zostały utrzymane w mocy, Odwołujący poniesie szkodę, ponieważ zostanie pozbawiony możliwości zawarcia umowy na realizację Zamówienia, która przyniosłoby zakładany przychód.

Odwołujący uzasadnia następująco swoje stanowisko wyrażone w odwołaniu: Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonuje badania i oceny ofert na podstawie dokumentów przedkładanych wraz z ofertą. Do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek) (dalej: Konsorcjum) załączone jest pełnomocnictwo dla Janusza Wielgusa (karta 110 oferty), które zostało udzielone wyłącznie do podpisania oferty w imieniu spółki Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. W związku z tym, Pan Janusz W nie był umocowany, w ocenie Odwołującego, do podpisania oferty w imieniu konsorcjum, a brak ten nie może być konwalidowany. W ocenie Odwołującego Zamawiający obowiązany jest więc do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. art. 104 Kodeksu Cywilnego. Zgodnie z art. 104 Kodeksu Cywilnego: *jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu*

str. 5

jest nieważna. Odwołujący podniósł, iż mając na uwadze, że z art. 82 ust. 2 Pzp wynika obowiązek złożenia oferty w formie pisemnej pod rygorem nieważności, a art. 99 § 1 KC wskazuje, że jeżeli do czynności prawnej wymagana jest forma szczególna, to również pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w takiej samej formie, należy uznać, że pełnomocnictwo Janusza W nie obejmuje umocowania do złożenia oferty w imieniu Konsorcjum. Tak więc, już po wstępnej analizie oferty konsorcjum należy stwierdzić, że oferta ta jest nieważna, ponieważ została złożona przez osobę nieuprawnioną.

Odwołujący wskazał również, iż pełnomocnictwo udzielone Przedsiębiorstwu Budowlano – Usługowemu DORBUD S.A. jako liderowi Konsorcjum, nie obejmuje umocowania do wniesienia wadium w imieniu wykonawców, zaś Zamawiający w części XX ust. 2 pkt 2SIWZ, (str. 14), postawił następujące wymogi:

„ W przypadku składania oferty wspólnej przez wykonawców składających się z dwóch lub więcej przedsiębiorców jako partnerów, muszą zostać spełnione następujące warunki:
a) udzielone pełnomocnictwo rodzajowe liderowi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia winno zostać złożone woryginalnie lub w formie odpisu potwierdzonego notarialnie, jednoznacznie wskazywać zakres pełnomocnictwa, co do reprezentacji, wniesienia wadium w imieniu wykonawców, podpisania umowy,
b) oferta będzie zawierać oświadczenie wymienione w części VI pkt 1 złożone przez - ustanowionego pełnomocnika w imieniu wykonawców występujących wspólnie w zakresie spełniania łącznego warunków udziału w postępowaniu określonych w Części V pkt. 1.1 lit. a-d i 1.2SIWZ.

Odwołujący uzasadnił, iż oferta Konsorcjum nie spełnia żadnego z powyższych wymogów,

ponieważ w zakresie pkt (b) przedstawione oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (str. 4 oferty) zostało złożone wyłącznie przez Janusza W w imieniu Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A., a nie w imieniu Konsorcjum - oferta konsorcjum nie odpowiada treści SIWZ i nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż z uwagi na powyższe uchybienia Zamawiający 23 września 2010 roku wezwał Konsorcjum do ich usunięcia. Zamawiający wskazał w wezwaniu również, że pełnomocnictwo udzielone Przedsiębiorstwu Budowlano – Usługowemu DORBUD S.A. nie zawiera umocowania do udzielania dalszych pełnomocnictw. Odwołujący podniósł, że przedmiotowe wezwanie Zamawiającego zostało dokonane z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, ponieważ niewłaściwość zakresu pełnomocnictwa jest nieusuwalna, więc oferta

str. 6

konsorcjum i tak podlegałaby odrzuceniu, zaś ewentualne późniejsze wystawienie prawidłowego pełnomocnictwa nie mogłoby stanowić podstawy skutecznego złożenia oferty z datą wcześniejszą. W konsekwencji pełnomocnictwo wystawione po upływie terminu składania ofert nie może potwierdzać skuteczności czynności, która miała miejsce w dniu upływu tego terminu.

Odwołujący wskazał, iż wprawdzie w wyniku nowelizacji art. 26 ust. 3 ustawy stworzono możliwość wykonawcom uzupełniania pełnomocnictw w sytuacji, kiedy ich nie złożono we właściwym terminie lub złożono wadliwe, jednak dotyczy to wymagań formalnych stawianych przez Zamawiającego lub określonych przepisami Pzp. Tymczasem pełnomocnictwo Janusza W jest prawidłowe pod względem formalnym, tylko jego zakres nie obejmuje umocowania do złożenia oferty w imieniu Konsorcjum. Ponieważ art. 26 ust. 3 Pzp dopuszcza uzupełnianie dokumentów i oświadczeń, których bądź to wcale nie złożono, bądź takich, które zawierają błędy stanowiące w istocie uchybienia w zakresie formy dokumentów, należy uznać, że złożenie oświadczenia lub dokumentu zawierającego braki, co do zasady, nie daje możliwości jego uzupełnienia. Takie oświadczenie czy dokument podlega ocenie Zamawiającego w takim stanie, w jakim zostało złożone i nie ma on prawa żądania uzupełnienia dokumentu w myśl art. 26 ust. 3 Pzp. Obowiązek żądania przez Zamawiającego uzupełnienia pełnomocnictwa jest wyłączony, gdy pomimo jego złożenia Zamawiający i tak zobowiązany byłby do odrzucenia oferty, ponieważ nawet tak uzupełnione pełnomocnictwo i tak nie uprawniałoby pana Janusza W do złożenia oferty w imieniu Konsorcjum przed upływem terminu do składania ofert. Uzupełnienie dokumentów, w tym pełnomocnictwa, stanowi właściwie dokonaną czynność, gdy mimo daty wystawienia dokumentów po upływie terminu składania ofert, potwierdzają one spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Tymczasem, uzasadnia Odwołujący, wystawianie nowego pełnomocnictwa z wsteczną datą lub ze zwiększeniem jego zakresu jest niedopuszczalne. W przedłożonym wg instrukcji Zamawiającego po terminie składania ofert „poprawionym” pełnomocnictwie dla Janusza W pozostawiono datę jego udzielenia 3 sierpnia 2010 roku, podczas gdy podpisana przez niego oferta jest z dnia 2 sierpnia 2010 roku więc w tym dniu Janusz W nie był umocowany do podpisania oferty. Zgodnie z cytowanym art. 104 Kodeksu Cywilnego taka czynność prawna jest bezwzględnie nieważna. Zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentu uniemożliwia ponowne poprawienie tego pełnomocnictwa. Wypada jednak stanowczo podkreślić, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych daje możliwość uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, których brak lub które zawierają błędy możliwe do poprawy. Tymczasem pełnomocnictwo dla Janusza W

str. 7

takich błędów ani braków nie zawiera; po prostu jego zakres nie obejmuje umocowania do złożenia oferty w imieniu konsorcjum, a jego okres ważności nie obejmuje daty podpisania oferty.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 89 ust. 1 Prawo zamówień publicznych ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie jakiegokolwiek przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty. W przedmiotowym postępowaniu spełnione są przesłanki

z pkt 2 i 8 tego przepisu. Odrzucenie oferty jest konsekwencją czynności Zamawiającego, polegającej na badaniu i ocenie złożonych ofert.

Przedmiotowa oferta podlega odrzuceniu również z innych względów wskazał Odwołujący - Gwarancja wadium jak również jej przedłużenie na prośbę Zamawiającego wystawione są wyłącznie na Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A., podczas gdy wymogi SIWZ (część X. pkt.6.2.) stanowiły:

Dokument gwarancyjny wnoszony w formie gwarancji lub poręczenia: w przypadku wnoszenia przez konsorcjum (powinien) wskazywać imiennie wszystkich członków konsorcjum biorących udział w postępowaniu, chyba że z innych dokumentów (upoważnienia dla lidera konsorcjum, umowy konsorcjum) jednoznacznie wynika, że wadium wnosi lider w imieniu wszystkich członków konsorcjum.

Pełnomocnictwo dla Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. jako lidera Konsorcjum w ogóle nie obejmowało umocowania do wniesienia wadium. Dopiero „poprawione” na skutek wezwania Zamawiającego przewiduje „wniesienie wadium w imieniu i na rzecz wszystkich Partnerów Konsorcjum i każdego z nich z osobna”. Abstrahując od skuteczności takiego rozszerzenia zakresu pełnomocnictwa należy zaznaczyć, że w dalszym ciągu dokument gwarancyjny wadium wystawiony jest wyłącznie na Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A., a więc niezgodnie z powyżej wskazanymi wymogami SIWZ. Należy podkreślić, że procedura zamówień publicznych nie przewiduje możliwości uzupełnienia dokumentu wadium, a więc wykonawca, który wniósł wadium, musi się liczyć z wykluczeniem z postępowania.

Odwołujący uzasadniał, iż Zamawiający w części V pkt 1.1.a) SIWZ żądał zrealizowania obiektu biurowego, a więc wybudowania obiektu budowlanego określonego zgodnie z klasą 1220 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych:

Klasa 1220 Budynki biurowe obejmuje:

str. 8

Budynki wykorzystywane jako miejsce pracy dla działalności biura, sekretariatu lub innych o charakterze administracyjnym, np.: budynki banków, urzędów pocztowych, urzędów miejskich, gminnych, ministerstw, itp. lokali administracyjnych;

Budynki centrów konferencyjnych i kongresów, sądów i parlamentów

Klasa nie obejmuje: Biur w budynkach przeznaczonych głównie do innych celów;

ewentualnie zgodnie z kat. XVI obiektów budowlanych określoną w załączniku do ustawy

z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane: Kategoria XVI / budynki biurowe i konferencyjne

Odwołujący podał, iż Zamawiający w odpowiedzi udzielonej 25 czerwca 2010 roku na pytanie nr 6 o to, czy Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli oferent wykaże się np. zrealizowaniem obiektu użyteczności publicznej - szkolnictwa wyższego w części którego wykonano pokoje biurowe, jednoznacznie rozstrzygnął, że wymaga wykazania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia w zakresie tożsamym z przedmiotem zamówienia.

Tymczasem, w ocenie Odwołującego, tego podwójnego warunku (budowa + obiekt biurowy) nie spełnia żadna z podanych przez konsorcjum referencji: remont skrzydeł Sądu Okręgowego w Warszawie (str. 5 oferty), przebudowa komendy policji (str. 7 oferty), wprawdzie budowa, ale budynku penitencjarnego - klasa 1274 PKOB lub kat. XII obiektów budowlanych (str. 7 oferty), rozbudowa i modernizacja fundacji (str. 7 i 10 oferty) - Odwołujący uzasadnił, że Zamawiający żądał zrealizowania jednego obiektu biurowego o określonej kubaturze lub metrażu, a ta referencja odnosi się łącznie do trzech obiektów, z których żaden nie odpowiada wymogom Zamawiającego. Zamawiający w części V pkt 1.1.b) i c) SIWZ postawił wymóg obiektu biurowego, a takim z pewnością nie jest szpital MSWiA (str. 15 oferty) - klasa 1264 PKOB lub kat. XI obiektów budowlanych. Konsorcjum, w ocenie Odwołującego, nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, więc w konsekwencji powinno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Ponadto, wskazał Odwołujący, w załącznikach nr 3 i 4 do oferty Konsorcjum samowolnie usunęło objaśnienia, przez co zmieniona została treść załączników określona przez Zamawiającego, a więc nie odpowiadają one wymaganiom wzorom. Konsorcjum zdecydowało się zatem nie przestrzegać zamieszczonych tam zaleceń Zamawiającego,

a w szczególności nie wypełniło wszystkich kolumn tabelki. Zgodnie z usuniętym przez Konsorcjum punktem 3) w obu załącznikach Zamawiający stanowczo wymagał: „Wszystkie kolumny wykazu muszą zostać obowiązkowo wypełnione w opisanym zakresie!”

w nr 3 i 4 powierzchni Tymczasem konsorcjum załącznikach wskazało

str. 9

i kubatury pozostawiając puste kolumny. Zatem treść oferty konsorcjum w tym zakresie również nie odpowiada treści SIWZ określonej przez Zamawiającego, co uniemożliwia ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu i co uzasadnia odrzucenie tej oferty.

Z oświadczenia zamieszczonego na str. 12 oferty wynika, że partner Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o.o. jest faktycznie podwykonawcą Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego DORBUD S.A., w realizacji Zamówienia, a ponadto Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o.o. jako podmiot trzeci udostępnia Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego DORBUD S.A. swoją wiedzę i doświadczenie. Oferta zawiera więc sprzeczne i wzajemnie wykluczające się oświadczenia spółki Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o.o., co podważa istnienie samego konsorcjum, a wyżej wykazany brak umocowania do podpisania oferty w imieniu konsorcjum ostatecznie przesądza o nieważności oferty takiego rzekomego konsorcjum. Nastąpiło tu bowiem naruszenie art. 23 ust. 1 i 2 ustawy. Powyższe potwierdzają również oświadczenia różnych firm zamieszczone na str. 20, 21 i 22 oferty o oddaniu swojego potencjału tylko do dyspozycji Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego DORBUD S.A., a nie na rzecz konsorcjum. Także oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (str. 4 oferty) było złożone wyłącznie w imieniu Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego DORBUD S.A., a nowe oświadczenie z datą wsteczną zostało wystawione na żądanie Zamawiającego. Każdy z wykonawców ubiegających się o przyznanie zamówienia był zobowiązany do starannego przygotowania swojej oferty w sposób uwzględniający wymogi postawione przez Zamawiającego. Uchybienie temu obowiązkowi powoduje, że taka oferta jest sprzeczna z warunkami SIWZ i w konsekwencji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. art. 104 Kodeksu Cywilnego.

22 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagłabskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek).

str. 10

Wykonawca ten wskazuje, iż posiada interes w uzyskaniu na korzyść Zamawiającego rozstrzygnięcia odwołania złożonego przez wykonawcę KARMAR S.A., gdyż jest wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu a wydanie rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego tj. podtrzymanie wyboru oferty zgłaszającego przystąpienie, daje zgłaszającemu przystąpienie możliwość uzyskania zamówienia. Zgłaszający przystąpienie popiera w całości stanowisko Zamawiającego oraz wniósł o oddalenie Odwołania wniesionego przez KARMAR S.A. jako bezzasadnego.

26 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie”
Zamawiający w piśmie tym wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego uzasadniając swoje stanowisko następująco: Zarzuty Odwołującego sprowadzają się w zasadzie do rozstrzygnięcia kwestii możliwości wezwania uczestnika postępowania do przedłożenia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę i występującej w imieniu Konsorcjum. Bezspornym jest bowiem fakt, że do oferty złożonej przez Konsorcjum zostały załączone pełnomocnictwa, które swoim zakresem nie obejmowały upoważnienia do wszystkich

wymaganych prawem czynności. Braki dotyczyły zarówno pełnomocnictwa dla lidera Konsorcjum jak i pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę czyli dla Pana Janusza Wielgusa. Zdaniem KARMAR S.A. braki te nie mogą być konwalidowane, gdyż uprawnienie wynikające z art. 26 ust. 3 Ustawy odnosi się wyłącznie do wymagań formalnych pełnomocnictwa. Odwołujący nie popierając tego żadną prawną argumentacją, niejako a priori uznał, że w ustawowym pojęciu „wadliwe pełnomocnictwo” mieści się wyłącznie wada formalna pełnomocnictwa. Odwołujący dokonał też nie znanego prawu rozróżnienia na „usuwalne” i „nieusuwalne” wady pełnomocnictwa i uznał, że braki w zakresie upoważnienia są wadą „nieusuwalną”. Z twierdzeniami tymi Zamawiający się nie zgadza, ponieważ nie znajdują one oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Art. 26 ust. 3 Ustawy wyraźnie stanowi, że *„Zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych prawem oświadczeń lub dokumentów lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa do ich złożenia w wyznaczonym terminie.”* Przepis ten stwarza więc możliwość wykonawcom uzupełniania pełnomocnictw, zarówno w sytuacji kiedy ich nie złożono we właściwym terminie, jak również w sytuacji, gdy złożono pełnomocnictwa wadliwe. Zamawiający ma zatem nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek żądania uzupełnienia pełnomocnictwa w sytuacji, gdy go nie złożono lub zawiera ono błędy lub wady. Z uwagi więc na dostrzeżone w toku badania ofert braki w ofercie Konsorcjum Zamawiający pismem z 23 września 2010 roku wezwał Konsorcjum do przedstawienia

str. 11

brakujących dokumentów. W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum złożyło w wyznaczonym terminie : pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A., pełnomocnictwo dla Janusza W oraz oświadczenie z art. 44 ustawy Prawo zamówień publicznych złożone w imieniu Konsorcjum. Po złożeniu brakujących dokumentów Zamawiający uznał, że uzupełnione dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu wg. stanu na dzień składania ofert. Jako że oferta złożona przez Konsorcjum zawiera najniższą cenę, która jest jedynym kryterium wyboru, Zamawiający 7 października 2010 roku dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący błędnie przyjął, że Zamawiający nie miał prawa wezwać Wykonawcy do uzupełniania oferty w części zakresów udzielonych pełnomocnictw. Uprawnienie to, zdaniem Zamawiającego jasno wynika z dyspozycji art. 26 ust. 3 Ustawy i jest poparte ugruntowanym orzecznictwem KIO. Powołane natomiast przez Odwołującego dla poparcia swoich twierdzeń wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, czy wcześniej Zespołu Arbitrów, odnoszą się do stanu prawnego sprzed obowiązywania normy zawartej w art. 26 ust. 3 Ustawy, a zatem nie mają zastosowania w przedmiotowej sprawie. Tak więc zarzuty podpisania oferty przez osobę nieuprawnioną, braku umocowania dla lidera do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum, złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w imieniu Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. a nie w imieniu konsorcjum, braku umocowania dla Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. do udzielania dalszych pełnomocnictw - wobec ich uzupełnienia należy uznać ze bezzasadne.

Również, w ocenie Zamawiającego, podniesione przez Odwołującego twierdzenia o rzekomym braku umocowania Janusza W do podpisania 2 sierpnia 2010r (gdyż dokument pełnomocnictwa wystawiony został z datą 3 sierpnia 2010r.) nie znajdują potwierdzenia w przepisach prawa zamówień publicznych i prawa cywilnego. Zamawiający bada umocowanie osoby podpisującej ofertę na dzień otwarcia ofert. Oferta Konsorcjum została złożona 5 sierpnia 2010 roku, w dniu tym dokonano otwarcia ofert i w dniu tym -jak wynika ze złożonych w toku postępowania dokumentów - Janusz W był upoważniony do podpisania i złożenia oferty. Decydującym momentem dla badania upoważnień dla osób występujących w sprawie jest moment otwarcia ofert, wtedy bowiem zgodnie z kodeksem cywilnym oświadczenie woli zostaje ujawnione i dociera do adresata. Tak więc wniosek Odwołującego o odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 Ustawy należy uznać za niezasadny.

str. 12

Nietrafny jest również zarzut dotyczący wniesienia wadium, gdyż z uzupełnionego

upoważnienia dla lidera Konsorcjum jednoznacznie wynika, że wadium wnosi lider w imieniu wszystkich członków Konsorcjum.

Zamawiający uzasadnia, iż nie można zgodzić się także z zarzutem zarzucaną Zamawiającemu błędną ocenę spełniania przez Konsorcjum warunku określonego w części V pkt. I.1.a SIWZ. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca przystępujący do postępowania wykazał się minimum jednym zrealizowanym obiektem biurowym wykonanym w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. Konsorcjum w wykazie robót (zał. nr 2 do oferty) przedstawiło między innymi rozbudowę i modernizację siedziby Fundacji Współpracy Polsko-Niemieckiej w Warszawie. Z treści referencji Fundacji wynika, że w ramach zadania inwestycyjnego zrealizowano 3 budynki biurowe o łącznej kubaturze 50 570 m³ i powierzchni użytkowej 6 004 m². Jeden z budynków - budynek „B” obejmował zrealizowanie 7 kondygnacji nadziemnych i 3 kondygnacje podziemne. Zamawiający uznał, że Konsorcjum spełniło warunek określony w części V pkt. I.1.a SIWZ, wykazując wiedzę i doświadczenie w zakresie tożsamym z przedmiotem zamówienia. W zakresie wypełnienia przez Konsorcjum załączników nr 3 i 4 Zamawiający uznał, że treść tych załączników pozwala ocenić, że wykonawca spełnia warunek posiadania doświadczenia dotyczącego ilości wykonanych punktów logicznych, kamer, czujek SSWiN i p.poż., określony w części V pkt. I.1.b i c SIWZ.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący z faktu załączenia przez uczestnika Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. oświadczenia o możliwości polegania na wiedzy i doświadczeniu wyciągnął wnioski z niego nie wynikające. W żaden sposób nieuprawnione jest twierdzenie, że oferta zawiera sprzeczne i wykluczające się oświadczenia podważające istnienie samego Konsorcjum. Oświadczenie uczestnika Konsorcjum, nie wymagane dla wykazania spełniania warunków, nie wpływa na stosunek prawny uczestników Konsorcjum. Oferta została złożona wspólnie, o czym świadczy obligatoryjne w takim przypadku pełnomocnictwo dla lidera Konsorcjum. Załączenie dodatkowego, (tu: zbędnego) oświadczenia o możliwości polegania na wiedzy i doświadczeniu Uczestnika Konsorcjum pozostaje bez wpływu na ważność stosunku łączącego strony Konsorcjum.

27 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło „Pismo procesowe pełnomocnika przystępującego do postępowania odwoławczego” wykonawców

str. 13

wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek). Konsorcjum podtrzymuje dotychczasowe stanowisko i wniosło o oddalenie w całości odwołania wniesionego przez KARMAR S.A. z siedzibą w Warszawie jako bezzasadnego.

Zgłaszający przystąpienie uzasadnia następująco swoje stanowisko: Odwołujący niesłusznie zarzucił, że pełnomocnictwo dla Wiceprezesa Zarządu - Pana Janusza W, załączone do oferty Przystępującego, zostało udzielone wyłącznie do podpisania oferty w imieniu spółki Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. Z powyższym nie można się zgodzić, bowiem, po pierwsze, należy zauważyć, że spółka Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. nie składała w tym postępowaniu samodzielnej oferty, lecz wyłącznie jako Konsorcjum, a po drugie, spółka Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. została, na mocy umowy konsorcjum, ustanowiona Liderem Konsorcjum i upoważniona do występowania w imieniu Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę Urzędu Skarbowego w Piasecznie wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą towarzyszącą (ZP-56/21210). Upoważnienie do takiego działania wynika wprost z umowy konsorcjum zawartej pomiędzy Przedsiębiorstwem Budowlano - Usługowym DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach oraz Przedsiębiorstwem Budowlano - Usługowym INTERBUD-WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, która jest dokumentem pierwotnym, na podstawie którego powstały dalsze pełnomocnictwa, tj. do potwierdzone pełnomocnictwa załączone oferty. Powyższe zostało także w oświadczeniu członków konsorcjum z dnia 22 października 2010 roku. Zgłaszający

przystąpienie wyjaśnił, że z treści umowy konsorcjum wyraźnie wynika jaki był zamiar i cel powołania konsorcjum. Celem tym było złożenie wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wspólna realizacja umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Wspólnym, uzgodnionym w umowie, celem członków konsorcjum było także ustanowienie pełnomocnika do dokonywania czynności w imieniu konsorcjum, któremu przyznano prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw w pełnym zakresie umocowania. Powyższe cele umowy konsorcjum nie budzą wątpliwości, jak również bezspornym jest ustanowienie w umowie konsorcjum pełnomocnika uprawnionego do ustanawiania dalszych pełnomocników. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryną prawa cywilnego, przy interpretacji treści złożonego dokumentu (w tym przypadku pełnomocnictwa) należy brać pod uwagę treść innych złożonych dokumentów w sprawie. Pogląd ten wynika z art. 65 § 1 k.c. (mający

str. 14

zastosowanie w sprawie w związku z art. 14 Pzp) nakazującego uwzględnianie przy interpretacji oświadczeń woli, a więc również w odniesieniu do jednostronnych oświadczeń woli (pełnomocnictw), ze względu na okoliczności w jakich zostało złożone, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów w kontekście okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli.

W przedmiotowej sprawie pomimo, że treść pełnomocnictw złożonych w ofercie Zgłaszającego przystąpienie, nie pokrywała się w pełnym zakresie z pełnomocnictwem wynikającym z umowy konsorcjum, to na skutek uzupełnienia, zostały przedstawione Zamawiającemu pełnomocnictwa, których zakres pokrywał się całkowicie z zakresem ustalonym w umowie konsorcjum. W takim wypadku Zgłaszający przystąpienie potwierdził skutecznie, że jego oferta została złożona przez osobę uprawnioną. Nie można bowiem dokonywać wykładni treści dokumentu pełnomocnictwa w oderwaniu od umowy konsorcjum, która była podstawą do udzielenia pełnomocnictwa. Jak stwierdził bowiem Sąd Najwyższy: „*wynik wykładni nie może nigdy unicestwić autonomii woli stron wyrażonej w wiążącym je stosunku cywilnoprawnym, ustalona bowiem przez strony w sposób swobodny i nieskrępowany treść umowy jest dla nich wiążąca, a ingerencja ustawodawcy i sądu, w tym także oparta na podstawie art. 65 § 2 k.c. ma charakter całkowicie wyjątkowy*” (vide: wyrok SN z 24 kwietnia 1997 r., II CKN 118/97, OSP 1/98, poz. 4 i wyrok SN z 9 kwietnia 1999 r., I CKN 1135/97, OSNC 9/99, poz. 165). Zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że fakt nie załączenia do oferty umowy konsorcjum nie stanowi przeszkody formalnej, bowiem umowa taka nie była wymagana przez Zamawiającego, a ponadto dopuszczalne jest późniejsze potwierdzenie umocowania pełnomocnika do działania. Powyższe stanowisko znajduje swoje oparcie w przepisach kodeksu cywilnego. Zgodnie z brzmieniem art. 104 k.c.: „*Jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.*” W przedmiotowej sprawie doszło do sytuacji określonej dyspozycją przepisu art. 104 zd. drugie k.c., bowiem Zamawiający wzywając Zgłaszającego przystąpienie do uzupełnienia pełnomocnictwa, *de facto* wyraził zgodę na działanie pełnomocnika bez umocowania, bądź z przekroczeniem jego zakresu. Wyrażenie zgody nie musiało przybierać szczególnej formy, bowiem może nastąpić przez fakty konkludentne. Ma ono charakter czynności prawnej jednostronnej, niewymagającej przyjęcia przez adresata. Wobec uzupełnienia pełnomocnictwa przez Zgłaszającego przystąpienie, ułomna czynność prawna została potwierdzona przez mocodawcę, a potwierdzenie to ma moc wsteczną.

str. 15

Odnosząc się do zarzutu braku umocowania do wniesienia wadium, Zgłaszający przystąpienie podniósł, że zarówno z uzupełnionego pełnomocnictwa, jak i z umowy konsorcjum wynika wyraźnie upoważnienie dla Lidera Konsorcjum do uzyskania i wniesienia wadium, a ponadto wadium mogło być wystawione wyłącznie na Lidera Konsorcjum. Powyższe jest zgodne z regulacją części X ust. 6 pkt 2 SIWZ, z którego wynika, że w przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dokument gwarancyjny wnoszony w formie gwarancji lub

poręczenia powinien „wskazywać imiennie wszystkich członków konsorcjum, biorących udział w postępowaniu, chyba że z innych dokumentów (upoważnienia dla lidera konsorcjum, umowy konsorcjum jednoznacznie wynika, że wadium wnosi lider w imieniu wszystkich członków konsorcjum”. Zarówno z uzupełnionego pełnomocnictwa Przystępującego, jak i z umowy konsorcjum wynika, że wadium wnosi Lider w imieniu wszystkich członków konsorcjum oraz że wadium może być wystawione na Lidera.

Z tych samych względów niezasadny jest zarzut Odwołującego dotyczący złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału, a także zarzut podpisania oferty przez Pana Janusza W w dniu 2 sierpnia 2010 r., podczas, gdy jego pełnomocnictwo datowane jest na 3 sierpnia 2010 roku W tym ostatnim przypadku doszło ponadto do technicznej pomyłki, związanej z maszynowym wypełnianiem oferty. Oferta przygotowywana była w przeciągu kilku dni przez pracowników Lidera Konsorcjum, czego potwierdzeniem jest umieszczenie na formularzu oferty daty 2 sierpnia 2010 roku, a na oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału daty 4 sierpnia 2010 roku. Wszystkie daty są jednak wcześniejsze niż termin składania ofert, który został przesunięty na 5 sierpnia 2010 roku. Oferta jako całość podpisywana była przez Pana Janusza W faktycznie w jednym dniu, po udzieleniu mu pełnomocnictwa do tego. Przeoczeniem było nie ujednolicenie dat widniejących w ofercie, lecz nie wywołuje to negatywnych skutków prawnych dla złożonej oferty.

Wobec powyższego, Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że jego oferta została złożona przez osobę uprawnioną do tego i jest oferta ważną.

W ocenie Zgłaszającego przystąpienie, również niezasadny jest zarzut odwołania dotyczący niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający żądał od wykonawców wykazania doświadczenia w zakresie zrealizowania minimum jednego obiektu biurowego o kubaturze 16 000 m³ lub powierzchni całkowitej min. 4000 m² (część V ust. 1 pkt 1 lit. a SIWZ). Zgłaszający przystąpienie w ofercie przedstawił, m.in. referencje Okręgowego Inspektora Służby Więziennej w Szczecinie dotyczące budowy budynku penitencjarnego w Zakładzie Karnym w Gorzowie Wielkopolskim, o wymaganej przez Zamawiającego kubaturze i powierzchni użytkowej. Ponadto załączona została referencja pochodząca od Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej potwierdzająca wykonanie rozbudowy

str. 16

i modernizacji siedziby Fundacji przy ul. Zielnej 37 w Warszawie. W tym wypadku również potwierdzone zostało wykonanie obiektów o wymaganej kubaturze i powierzchni użytkowej. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że obie powyższe referencje potwierdzają posiadanie przez Zgłaszającego przystąpienie doświadczenia wymaganego w SIWZ. W szczególności, zgodnie z załącznikiem do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst. jedn. z 2006 r., Dz. U. Nr 156, poz. 1118 ze zmianami), określającym kategorie obiektów budowlanych, zakłady karne i areszty śledcze należą do kategorii XII, do której należą też, m.in. budynki administracji publicznej, stanowiące przedmiot zamówienia, opisany przez Zamawiającego w części III ust. 2 pkt 1 SIWZ. Referencja odnosząca się do rozbudowy i modernizacji siedziby Fundacji Współpracy Polsko - Niemieckiej przy ul. Zielnej 37 w Warszawie, potwierdza wymagane doświadczenie. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że z dokumentacji projektowej dotyczącej budynku C i D wynika, że budynek C stanowi projektowany budynek biurowy, natomiast budynek D był faktycznie zaprojektowany tylko jako garaż, będący częścią założenia dalszej rozbudowy siedziby Fundacji a wskazana w projekcie powierzchnia użytkowa i kubatura samego tylko budynku C jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Wobec powyższego Zgłaszający przystąpienie w sposób nie budzący wątpliwości potwierdził posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 18 października 2010 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu (18 października 2010 roku).

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego tj. wykonawców wspólnie ubiegających się

str. 17

o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek). W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne: *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 19 października 2010 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło 22 października 2010 roku a zgłaszający przystąpienie przekazał w tym terminie Odwołującemu i Zamawiającemu kopię zgłoszenia przystąpienia. Wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Izby w formie pisemnej, a jego kopię przekazał zgłaszający przystąpienie Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, tym samym Izba uznała, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek), stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 7 października 2010 roku oraz dowód z pisma Zamawiającego z 23 września 2010 roku (nr 1418-DO-251-264/10) a także pismo z 24 września 2010 roku złożone do Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą

str. 18

w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia Stron złożone pisemnie w tym: Odpowiedź na odwołanie złożoną przez Zamawiającego oraz Pismo procesowe pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie oraz stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzucane przez Odwołującego Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8, art. 26 ust 3, art. 23 ust 1 i 2 Prawa zamówień publicznych przez przyjęcie, że Zamawiający dokonał niewłaściwie wyboru oferty w postępowaniu w tym zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdynskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek) (dalej: Konsorcjum) w ocenie Izby nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”) w części XX pkt 2 ppkt 2) został sprecyzowany następujący wymóg:

„W przypadku składania oferty wspólnej przez wykonawców składających się z dwóch lub więcej przedsiębiorców jako partnerów, muszą zostać spełnione następujące warunki:
a) udzielone pełnomocnictwo rodzajowe liderowi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia winno zostać złożone w oryginale lub w formie odpisu

str. 19

potwierzonego notarialnie, jednoznacznie wskazywać zakres pełnomocnictwa, co do reprezentacji, wniesienia wadium w imieniu wykonawców, podpisania umowy,
b) oferta będzie zawierać oświadczenie wymienione w części VI pkt 1 złożone przez - ustanowionego pełnomocnika w imieniu wykonawców występujących wspólnie w zakresie spełniania łącznego warunków udziału w postępowaniu określonych w Części V pkt. 1.1 lit. a-d i 1.2 SIWZ.”

W części X pkt 6 ppkt 2 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców składających oferty do: „Dokument gwarancyjny wnoszony w formie gwarancji lub poręczenia: w przypadku wnoszenia przez konsorcjum wskazywać imiennie wszystkich członków konsorcjum biorących udział w postępowaniu, chyba że z innych dokumentów (upoważnienia dla lidera konsorcjum, umowy konsorcjum) jednoznacznie wynika, że wadium wnosi lider w imieniu wszystkich członków konsorcjum.”

W części XX pkt 2 ppkt 2) lit. a) SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców składających oferty do spełnienia następującego warunku w przypadku składania oferty wspólnej przez dwóch lub więcej przedsiębiorców:

„udzielone pełnomocnictwo rodzajowe liderowi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia winno zostać złożone w oryginale lub w formie odpisu potwierzonego notarialnie, jednoznacznie wskazywać zakres pełnomocnictwa, co do reprezentacji, wniesienia wadium w imieniu wykonawców, podpisania umowy” oraz w części XX pkt 2 ppkt 2) lit. b) SIWZ

„oferta będzie zawierać oświadczenie wymienione w części VI pkt 1 złożone przez ustanowionego pełnomocnika w imieniu wykonawców występujących wspólnie w zakresie spełniania łącznego warunków udziału w postępowaniu określonych w części V pkt 1.1 lit. a – d i 1.2 SIWZ.”

W części V pkt 1.1 ppkt a) SIWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu: „1.1 Posiadają wiedzę i doświadczenie oraz dysponują odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj.: a) w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie zrealizowali minimum jeden

oraz w części VI pkt 2.1 SIWZ Zamawiający określił dokument jaki zobowiązany jest dołączyć wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku:

„ (...) wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, obowiązującymi przepisami i normami i prawidłowo ukończone. (...)”

Pismem z 25 czerwca 2010 roku Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 6 treść SIWZ w zakresie określonego warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający, na pytanie dotyczące możliwości wykazania się dla potwierdzenia powyżej wskazanego warunku zrealizowanym *obiektem użyteczności publicznej – szkolnictwa wyższego w części którego wykonano pokoje biurowe* wskazał, iż wymaga „wykazania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia w zakresie tożsamym z przedmiotem zamówienia”.

W postępowaniu zostało złożonych trzynaście ofert, jednakże tylko trzy nie podlegały odrzuceniu tj:

- oferta Cz. P. B. P. Przemysłówka na kwotę 18 251 200,00 zł brutto (86.90 pkt),
- oferta KARMAR S.A. na kwotę 16 270 743,06 zł brutto (97.48 pkt),
- oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. (Członek) na kwotę 15 859 997,24 zł brutto (100 pkt).

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących naruszenia przepisów ustawy w związku z udzielonymi pełnomocnictwami odpowiednio Liderowi konsorcjum i pełnomocnikowi Lidera konsorcjum Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów.

Po pierwsze, Izba wskazuje, iż w ofercie zostały zawarte pełnomocnictwa; na stronie 110 oferty pełnomocnictwo dla Pana Janusza W z 3 sierpnia 2010 roku umocowujące do podpisania oferty i jej załączników w imieniu Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe

DORBUD S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn: *„Budowa Urzędu Skarbowego w Piasecznie wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą towarzyszącą”* oraz na stronie 107 oferty pełnomocnictwo dla sygnatariusza oferty w postępowaniu pn: *„Budowa Urzędu Skarbowego w Piasecznie wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą towarzyszącą”* z 2 sierpnia 2010 roku wskazujące jako lidera konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. umocowujące w szczególności do reprezentacji wobec Zamawiającego i osób trzecich, podpisania w imieniu konsorcjum oferty oraz wszelkich dokumentów i oświadczeń składanych wraz z ofertą i w przypadku korzystnego dla Konsorcjum rozstrzygnięcia przetargu, do zawarcia umowy z Zamawiającym, pełnomocnictwo to upoważnia również Lidera do wnoszenia odwołań.

Po drugie, w wyniku uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek) złożyli pełnomocnictwo dla sygnatariusza oferty z 2 sierpnia 2010 roku zawierające w swej treści umocowanie dla Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. tj. Lidera konsorcjum do dokonania wszelkich czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn: *„Budowa Urzędu Skarbowego w Piasecznie wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą towarzyszącą”*, w szczególności

do: podpisania, parafowania i złożenia oferty składanej przez Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia i poświadczania wszelkich dokumentów za zgodność z oryginałem; składania oświadczeń woli i wiedzy, w tym oświadczeń w ofercie, przyjmowanie oświadczeń, składanie i przyjmowanie wyjaśnień, zawiadomień i instrukcji w imieniu wszystkich partnerów Konsorcjum i każdego z nich z osobna; uzyskania oraz wniesienia wadium lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w imieniu i na rzecz wszystkich partnerów Konsorcjum i każdego z nich z osobna; wnoszenia środków ochrony prawnej, o których mowa w ustawie, reprezentację Spółki i Konsorcjum w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przed Sądem; podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, prowadzenia korespondencji z Zamawiającym; prowadzenia wszelkich rozliczeń finansowych w imieniu partnerów Konsorcjum; innych czynności prawnych i faktycznych potrzebnych do wypełnienia zakresu i celu niniejszego pełnomocnictwa oraz związanych z wykonaniem umowy z Zamawiającym. Pełnomocnictwo to obejmuje również umocowanie do udzielania dalszych pełnomocnictw w pełnym zakresie umocowania pełnomocnika. Konsorcjum uzupełniło również pełnomocnictwo z 3 sierpnia 2010 roku

str. 22

dla Pana Janusza W umocowujące do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*Budowa Urzędu Skarbowego w Piasecznie wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą towarzyszącą*” w szczególności do podpisania oferty, parafowania i złożenia oferty składanej przez Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do poświadczania wszystkich dokumentów „za zgodność z oryginałem”, składania oświadczeń woli i wiedzy, w tym oświadczeń w ofercie, składania wyjaśnień i zawiadomień w imieniu wszystkich partnerów Konsorcjum i każdego z nich z osobna.

Na wstępie Izba zaznacza, iż zgodnie z treścią art. 23 ust. 2 ustawy - *W przypadku, o którym mowa w ust. 1 (art. 23 ust 1 - Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia), wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.* Brzmienie tego przepisu pozwala na stwierdzenie, że na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (czyli potocznie Konsorcjum) został nałożony obowiązek ustanowienia pełnomocnika, reprezentującego Konsorcjum w dwóch możliwych zakresach umocowania:

- 1) do reprezentowania innych uczestników konsorcjum w postępowaniu,
- 2) do reprezentowania innych uczestników konsorcjum w postępowaniu i podpisania umowy.

W przedmiotowej sprawie niewątpliwie pełnomocnictwo z 2 sierpnia 2010 roku załączone do oferty wskazuje, iż Liderem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ulicy Zagnańskiej 153, 25-563 Kielce (Lider), Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe INTERBUD – WEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ulicy Kosynierów Gdyńskich 51, 66-400 Gorzów Wlkp. (Członek) jest Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. fakt ten nie był kwestionowany przez Odwołującego. Zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy został ustanowiony pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie do ich reprezentacji. Pełnomocnictwo to nie zawierało upoważnienia do wniesienia wadium przez Lidera Konsorcjum w imieniu Konsorcjum (gwarancja przetargowa – str. 109 oferty wystawiona została dla Przedsiębiorstwa Budowlano –

str. 23

Usługowego DORBUD S.A.) oraz nie zawierało upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw, jednakże umocowanie do tych czynności potwierdza przesłane

w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów pełnomocnictwo dla Lidera konsorcjum (z 2 sierpnia 2010 roku).

W rozpatrywanym sporze, oferta Konsorcjum została podpisana przez Pana Janusza W, który działał na podstawie pełnomocnictwa z 3 sierpnia 2010 załączonego do oferty jednakże umocowującego do złożenia oferty w imieniu Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego DORBUD S.A. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnianie dokumentów 28 września 2010 roku Konsorcjum złożyło u Zamawiającego pełnomocnictwo Janusza W, z 3 sierpnia 2010 roku, z którego wynika umocowanie do działania w imieniu Konsorcjum.

Izba wskazuje, iż Zamawiający zobowiązany jest, zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy - Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert – wezwać wykonawców do uzupełnienia pełnomocnictw w przypadku gdy takie nie zostały załączone do oferty lub gdy są wadliwe.

Izba wskazuje w tym miejscu, iż ustawodawca wprowadzając obowiązek wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa (zgodnie z art. 26 ust. 3) odniósł się do dokumentu pełnomocnictwa, czyli umocowania do dokonania czynności prawnej (dokonywania czynności prawnych) w imieniu i ze skutkiem dla mocodawcy.

Ustawodawstwo polskie zna przypadki posługiwania się w zakresie pełnomocnictw znaczeniem tego pełnomocnictwa jako dokumentu. Można wskazać w tym miejscu ustawę o opłacie skarbowej z 16 listopada 2006 roku (Dz. U. nr 225 poz. 1635 z 2006 r. z późn. zm.) gdzie ustawodawca jednoznacznie podał, iż opłacie skarbowej

str. 24

podlega złożenie dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa (art.1); potwierdza również taki stan rzeczy bogate orzecznictwo, które podnosi, iż nie wiąże powstania obowiązku podatkowego w opłacie skarbowej z faktem ustanowienia pełnomocnika, ani istnienia już w obrocie ważnego pełnomocnictwa, ale z faktem złożenia tego dokumentu (jego odpisu, wypisu lub kopii) (porównaj: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 16 września 2008 roku sygn. akt: I SA/ GI 192/08; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z 3 lipca 2008 roku sygn. akt: I SA/ Rz 341/08; Decyzja SKO w Elblągu z 31 marca 2008 roku 65/PO/08)

Pełnomocnictwo, czyli dokument składany wraz z ofertą – może stanowić jeden z wielu dokumentów – w przypadku jego braku podlega on uzupełnieniu, Zamawiający zobowiązany jest ustawowo do wezwania do jego uzupełnienia, jednakże z zastrzeżeniem, że gdy wykonawca nie uzupełni dokumentu pełnomocnictwa Zamawiający zobowiązany będzie go wykluczyć a konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą odrzucenia jego oferty. Brak pełnomocnictwa w ofercie nie rodzi więc negatywnych skutków dla wykonawcy, o ile odpowie na wezwanie do uzupełnienia oferty skierowane do niego przez Zamawiającego. Nie uprawnionym i nie znajdującym umocowania w przepisach ustawy jest twierdzenie dotyczące usuwalności i nieusuwalności wad złożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa. W obliczu obowiązujących przepisów, w przypadku gdy Zamawiający stwierdzi podczas badania oferty wady pełnomocnictwa wzywa do jego uzupełnienia. Ustawodawca nie zawarł klasyfikacji poszczególnych wad pełnomocnictwa, które zobowiązują Zamawiającego, bądź nie zobowiązują, do wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa; ustawodawca nie określił wad usuwalnych i nieusuwalnych pełnomocnictwa. W słowniku ustawy, w art. 2 ustawy zawierającym definicje nie została

przez ustawodawcę wyprowadzona odrębna definicja pełnomocnictwa. Dlatego też, dokonując przy dokonaniu oceny prawnej zarzutu zastosowanie miały na podstawie art. 14 ustawy przepisy Kodeksu cywilnego - *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn.zm.)*), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej(dalej: KC). Zgodnie z art. 96 KC *Umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo)* tak więc istota pełnomocnictwa to możliwość działania w cudzym imieniu, czyli złożenia oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy o czym przesądza treść art. 95 § 2 KC - *Czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego*. Zgodnie z nauką prawa cywilnego pojęcie pełnomocnictwa rozumiane jest w podwójnym znaczeniu; po pierwsze jako określenie samej

str. 25

czynności prawnej, której istotą jest treść oświadczenia mocodawcy upoważniająca określoną osobę do dokonywania w jego imieniu czynności prawnych określonych w pełnomocnictwie, po drugie jako sam dokument. W oparciu o art. 98 KC – *Pełnomocnictwo ogólne obejmuje umocowanie do czynności zwykłego zarządu. Do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj, chyba że ustawa wymaga pełnomocnictwa do poszczególnej czynności.* - definiuje się niezbędną treść pełnomocnictwa rozróżniając pełnomocnictwo ogólne, rodzajowe i szczególne. Uwzględniając stanowisko zawarte w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych oraz ugruntowane w doktrynie, pełnomocnictwo jakie składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiając pełnomocnika do reprezentacji (art. 23 ust. 2 ustawy) powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym - tj. pełnomocnictwem do czynności prawnych określonego rodzaju czyli czynności prawnych mieszczących się w pewnej klasie / grupie czynności prawnych – czyli co najmniej upoważniającym do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązujące przepisy ustawy oraz KC nie wymagają aby w treści tego pełnomocnictwa zawarte były szczególne uregulowania charakterystyczne dla samego postępowania o zamówienie (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 kwietnia 2008 roku Sygn. akt: KIO/UZP 263 /08).

Odwołujący podniósł, iż pełnomocnictwa złożone wraz z ofertą były prawidłowe, jednakże zawierały nieusuwalne braki. Z tym stanowiskiem, w obliczu powyżej wskazanego uzasadnienia, Izba nie może się zgodzić. Istotnym jest, iż pełnomocnik Konsorcjum przedstawił na rozprawie dowód z oświadczenia świadka – Pana Janusza W, iż podpisał on ofertę 4 sierpnia 2010 roku natomiast Odwołujący nie obalił tego dowodu. Odniesienie się Odwołującego na rozprawie jedynie do daty zawartej w formularzu oferty (powołanie się w tym miejscu na pisemność postępowania) jako przesądzającej o złożeniu podpisu obaliło, w ocenie Izby, oświadczenie pełnomocnika Pana Janusza W, a przemawia za tym dodatkowo fakt, iż dokumenty w ofercie posiadają różne daty. Argumentacja jaką podnosił Odwołujący nie znajduje uzasadnienia w ocenie Izby w szczególności z uwagi na faktyczny czas złożenia oświadczenia woli Zamawiającemu; pełnomocnictwo dla Pana Janusza W wystawiono 3 sierpnia 2010 roku, formularz oferty zawiera datę 2 sierpnia 2010 roku (pozostałe dokumenty w innych różnych terminach) natomiast termin składania i otwarcia ofert upływał 5 sierpnia 2010 roku. Nawet gdyby Pan Janusz Wielgus nie złożył oświadczenia na rozprawie co do terminu podpisania oferty, to i tak oświadczenie w stosunku do Zamawiającego zostało złożone w dniu 5 sierpnia 2010

str. 26

roku i na ten dzień pełnomocnik był umocowany do działania w imieniu i na rzecz Konsorcjum.

W ocenie Izby nie znajduje w tym przypadku uznania argumentacja Odwołującego wykazująca, iż pełnomocnik Konsorcjum działał w imieniu tego Konsorcjum bez umocowania. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż pełnomocnik Odwołującego nie udowodnił,

iż złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia przez Odwołującego pełnomocnictwa nie istniały, zaś pełnomocnik Konsorcjum w piśmie procesowym i na rozprawie wyjaśnił przyczyny różnych treści poszczególnych pełnomocnictw zawartych w ofercie oraz złożonych w odpowiedzi na wezwanie.

W świetle powyższego Izba wskazuje, iż dokonane badanie oferty Konsorcjum przez Zamawiającego nastąpiło prawidłowo, wezwanie do uzupełnienia dokumentów pełnomocnictw było prawidłowe, Odwołujący zaś poprawnie uzupełnił pełnomocnictwa.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż nie znajduje uzasadnienia argumentacja Odwołującego w zakresie zarzutu braku wniesienia wadium zgodnie ze Specyfikacją. Gwarancja została wystawiona dla jednego z Konsorcjantów - Lidera, natomiast zgodnie z uzupełnionym pełnomocnictwem z 2 sierpnia 2010 roku Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe DORBUD S.A. będące pełnomocnikiem Konsorcjum zostało upoważnione do uzyskania oraz wniesienia wadium w imieniu i na rzecz Konsorcjum. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż Konsorcjum nie jest samodzielnym podmiotem prawnym, bowiem przymiot ten mają różni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tym samym Konsorcjum jest pozbawione zdolności do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji wadialnej. Prowadzi to do wniosku, iż gwarancja może być wystawiona tylko na zlecenie poszczególnych członków Konsorcjum (porównaj wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 lutego 2009 roku Sygn. akt: KIO/UPZ 99 /09).

Konsorcjum do oferty (str.4) załączyło oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 44 ustawy, podpisane przez Pana Janusza W w imieniu Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego DORBUD S.A.. Zamawiający wezwał konsorcjum do uzupełnienia tegoż oświadczenia. W związku z powyższym oraz faktem, że brak oświadczenia jest brakiem możliwym do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy oraz uwzględniając ustalenia dokonane w zakresie pełnomocnictw a także biorąc pod uwagę treść uzupełnionego oświadczenia Izba uznała zarzut za niezasadny. W podnoszonej przez Odwołującego argumentacji w zakresie złożonego w ofercie (str. 12) oświadczenia Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego INTERBUD – WEST Sp. z o. o. Izba uznała,

str. 27

iż nie wywołuje ono skutków, bowiem nie było kwestionowana przez Odwołującego konstrukcja Konsorcjum a samo oświadczenie nie może wywołać negatywnych skutków.

Odnosząc się do zarzutu niespełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia Izba uznała, iż nie potwierdziła się argumentacja Odwołującego, tym samym, Konsorcjum potwierdziło spełnienie owego warunku. Konsorcjum wykazało się realizacją zamówienia tj. rozbudowy i modernizacji Siedziby Fundacji Polsko – Niemieckiej w Warszawie (str. 7 oferty) potwierdzonego w referencji zamieszczonych na stronach 10 i 11 oferty. Z treści tychże referencji wynika, iż budynek C to konstrukcja monolityczna posiadająca 13 kondygnacji nadziemnych, zaprojektowany jako budynek biurowy a także, że w ramach zadania inwestycyjnego zrealizowano 3 budynki biurowe o łącznej kubaturze 50 570 m³ i powierzchni użytkowej 6 004 m². Wraz z pismem procesowym pełnomocnik Konsorcjum złożył wyciąg projektu wykonawczego zamiennego dla realizacji tej inwestycji w zakresie budynku C i D, który to wyciąg dodatkowo potwierdza spełnienie określonego przez Zamawiającego a opisanego w części V pkt 1.1 ppkt a) SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutów dotyczących wypełnienia przez Konsorcjum załączników nr 3 i 4 do SIWZ a tym samym wykazania spełniania określonych w części V pkt. I.1. lit) b i c Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego uwzględniając, iż zawarte w załączniku nr 3 i 4 informacje wraz z załączonymi dokumentami potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy a dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Zgodnie z regułą zawartą w art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*; przepis ten wyraża dwie

ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktów, iż jakie zostały poniesione w odwołaniu i na rozprawie nie udowodnił, iż oferta Konsorcjum nie zawierała prawidłowych pełnomocnictw (w wyniku uzupełnienia) oraz nie udowadniał braku istnienia pełnomocnictw oraz braku podstaw do uzupełnienia pełnomocnictw, co w efekcie prowadziło do braku możliwości uznania pozostałych zarzutów mających swoje źródło w tychże pełnomocnictwach. Odwołujący nie

str. 28

udowodnił również braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum, nie obalił dowodów złożonych z pismem procesowym Konsorcjum, tym samym Odwołujący uznał argumentację Konsorcjum.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu i powtórzonym na rozprawie tj. o *zwrot kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych*, bowiem Odwołujący nie złożył żadnych rachunków. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2) 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* - „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy” – Izba uwzględnia wniosek o zasądzenie kosztów jeżeli jest on poparty stosownymi rachunkami.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

str. 29