

WYROK
z dnia 6 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **R&G PLUS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Gminę Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego** w trybie przetargu nieograniczonego na „*Wykonanie i wdrożenie systemu zarządzania flotą pojazdów komunikacji miejskiej miasta Szczecin - etap I, II, stanowiący element realizacji projektu pn: Poprawa funkcjonowania transportu miejskiego w aglomeracji szczecińskiej poprzez zastosowanie systemów telematycznych*”

przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia – GMV Innovating Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża R&G PLUS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez R&G PLUS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „*Wykonanie i wdrożenie systemu zarządzania flotą pojazdów komunikacji miejskiej miasta Szczecin - etap I, II, stanowiący element realizacji projektu pn: Poprawa funkcjonowania transportu miejskiego w aglomeracji szczecińskiej poprzez zastosowanie systemów telematycznych*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, wynosi 8.400.000 zł (2.188.069,81 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 165-253538 w dniu 26 sierpnia 2010.

Odwołujący w dniu 17 września 2010r. otrzymał faksem informację o wyniku postępowania, zaś w dniu 27 września 2010r. wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos, przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy - poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu (opłaconej polisy OC);
- 2) art. 26 ust. 4 ustawy - poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 7 w zw. z art. 23 ust. 2 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos;
- 4) innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos;
- 2) nakazanie odrzucenia oferty GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos;
- 3) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert.

KIO 2097/10 2

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę złożyło konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z przepisami ustawy oraz jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zdaniem Odwołującego, Formularz ofertowy oraz wszystkie załączone do niego dokumenty zostały podpisane przez osobę inną aniżeli prawidłowy reprezentant wykonawcy konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos. Z treści formularza ofertowego wynika, że ofertę składa: konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos, co by pozwalało uznać iż jest to oferta składana w trybie art. 23 ust. 1 ustawy. Nie potwierdza tego jednak, zdaniem Odwołującego, treść złożonej oferty - brak w niej dokumentu, z którego wynikałaby wola złożenia wspólnej oferty. Jak wskazuje orzecznictwo w sprawie zamówień publicznych, wykonawcy nie tylko mają obowiązek ustanowienia pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy, ale również wyrazić w dokumencie ustanawiającym pełnomocnika wolę wspólnego działania w tym konkretnym postępowaniu. Dokumentu ustanowienia pełnomocnika konsorcjum nie można zastąpić np. formularzem ofertowym, na co Odwołujący powołał wyroki:

- 1) *Wola udzielenia pełnomocnictwa do działania w imieniu konsorcjum firm musi zostać wyraźnie wyartykułowana w składanym pełnomocnictwie*, (wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2010 r. KIO/UZP 1825/09, teza: LEGALIS);
- 2) *Pełnomocnictwo udzielone przez uczestników konsorcjum pełni szczególną rolę - pozwala na stwierdzenie, jakie podmioty są uczestnikami konsorcjum, gdyż tylko z niego, (a nie np. z formularza ofertowego) wynika krąg podmiotów, które złożyły ofertę wspólną. Treści takiego pełnomocnictwa nie można domniemywać.* (postanowienie KIO z dnia 18 września 2008 r. KIO/UZP 918/08, teza: LEGALIS);
- 3) *Dodatkowo Izba zważyła, że zgodnie z dyspozycją przepisu art. 23 ust. 2 Pzp z treści udzielonego pełnomocnictwa powinno wynikać umocowanie do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia*, (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2010 r., KIO/UZP 1878/09);
- 4) *Jeżeli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia cyt. „podjęli decyzję o wspólnym działaniu, to muszą uwzględnić konsekwencje takiej decyzji (...) i swoją wolę wyraźnie wyartykułować w pełnomocnictwie składanym wraz z ofertą.”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 lipca 2006 r. UZP/ZO/0-2083/06);
- 5) *Podmioty zainteresowane pozyskaniem zamówienia decydują czy chcą ubiegać się o udzielenie zamówienia*

KIO 2097/10 3

publicznego samodzielnie, czy wspólnie z innymi wykonawcami. Jeśli podejmą decyzję o wspólnym działaniu, to muszą swoją wolę w tym zakresie wyraźnie wyartykułować w pełnomocnictwie, składanym wraz z ofertą. Celem takiego pełnomocnictwa jest bowiem pozyskanie przez zamawiającego wiedzy co do tego jacy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, a także kto jest uprawniony do działania w ich imieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, (wyrok ZA z dnia 21 lipca 2006 r. UZP/ZO/0-2083/06, teza: LEGALIS);

- 6) *Pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powinno wskazywać podmioty, które wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, a także zawierać deklarację wszystkich uczestników konsorcjum co do ustanowienia pełnomocnika*, (wyrok ZA z dnia 12 czerwca 2006 r. UZP/ZO/0-1652/06);
- 7) *Badając zakres udzielonych pełnomocnictw stwierdzono by wskazywały one podmioty, które wspólnie*

ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, ani też by zawierały deklarację wszystkich uczestników konsorcjum co do ustanowienia pełnomocnika. Zauważyć bowiem należy, że oferta złożona w niniejszym postępowaniu wskazuje, że o zamówienie wspólnie ubiegają się trzy podmioty tworzące konsorcjum. Tymczasem wraz z ofertą zostały złożone pełnomocnictwa udzielone w imieniu dwóch podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu, bez wskazania, że wolą tych podmiotów jest wspólne wykonanie zamówienia. (...) Zdaniem Zespołu Arbitrów dokument pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 Pzp winien być podpisany przez wszystkich wykonawców(...). Mając powyższe na uwadze Zespół Arbitrów uznał, iż kwestionowana oferta winna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust. 1 pkt 1 Pzp z powodu jej niezgodności z ustawą, (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2006-06-12, UZP/ZO/0-1652/06).

Odwołujący podał, że w przypadku oferty konsorcjum nie mamy do czynienia z sytuacją, w której brakuje dokumentu, gdyż ten brak mógłby być ewentualnie konwalidowany (aczkolwiek jak słusznie zauważa M. Stachowiak w sytuacji, gdy do oferty nie dołączono pełnomocnictwa: ... *czynność prawna złożenia oferty w dacie składania ofert została bowiem dokonana przez osobę do tego nieuprawnioną a samo uzupełnienie dokumentu nie pozwoli na konwalidację czynności.* [M. Stachowiak, *Wykonawca doniesie pełnomocnictwo, żeby móc wziąć udział w przetargu*, Rzeczpospolita - Dobra firma, 14.10.2008]), ale z zaniechaniem dokonania czynności ustanowienia pełnomocnika i ta czynność nie może być konwalidowana. Skutkiem tego jest, że wykonawcy, którzy zostali wymienieni w formularzu oferty (nawet gdyby uznać, iż występują wspólnie) nie ustanowili w sposób wymagany przepisami ustawy pełnomocnika konsorcjum. Zdaniem Odwołującego, konieczne jest, aby dokonanie tej czynności znalazło potwierdzenie w treści oferty. W przypadku oferty konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo

KIO 2097/10 4

Sistemas S.A. w Tres Cantos brak jest takiego potwierdzenia. Istotą treści oferty jest bowiem złożenie oświadczenia woli o zobowiązaniu do wykonania konkretnego zamówienia na warunkach zawartych w SIWZ. Oświadczenie to składa wykonawca, a w przypadku wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy, ustanowiony przez nich pełnomocnik, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy. W sytuacji, gdy brak jest ustanowienia pełnomocnika, wówczas uzasadnionym jest przyjęcie, że oferta została złożona przez osobę nieuprawnioną i uchybienie to nie podlega konwalidacji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ani w trybie 104 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem *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 tym przypadku nie może dojść do konwalidowania działania rzekomego pełnomocnika konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos w trybie art. 104 zd. 2 Kodeksu cywilnego, gdyż przepis art. 23 ust. 2 ustawy jest przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym i Zamawiający, nawet gdyby chciał, nie może zgodzić się na działanie pełnomocnika wykonawców występujących wspólnie bez umocowania. Tym samym należy przyjąć, iż oferta złożona przez konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos jest dotknięta sankcją nieważności na podstawie odrębnych przepisów, czyli zachodzi przesłanka obligująca Zamawiającego do odrzucenia oferty konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy. Potwierdza to stanowisko doktryny prawa cywilnego: *W odniesieniu do jednostronnych czynności prawnych dokonanych w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego granic ustawodawca przewiduje zasadniczo zastosowanie sankcji bezwzględnej nieważności.* (Kodeks cywilny. Komentarz,

po red. prof. dr hab. E. Gniewka, C.H.Beck 2008, wyd. 3, LEGALIS). Do oferty konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos zostały załączone dwa pełnomocnictwa udzielone P. M., z których wynika, że jest Ona umocowana do działania w imieniu poszczególnych Spółek, jednakże brak jest potwierdzenia, iż dotyczy to działania w imieniu wykonawców występujących wspólnie i że występuje jako pełnomocnik tych wykonawców w takim charakterze w tym postępowaniu. Na wypadek natomiast gdyby konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos wskazywało, iż P. M. w obu tych

zamówienie publiczne i z tego wywodziło, iż oznacza to, że została ustanowiona pełnomocnikiem konsorcjum, Odwołujący wskazuje, iż byłaby to w istocie niedozwolona przepisami Kodeksu cywilnego czynność prawna z samym sobą. Gdyby bowiem nawet P. M. zawarła umowę konsorcjum na podstawie tak sformułowanych pełnomocnictw, to w istocie pełniłaby funkcję pełnomocnika obu stron czynności prawnej, co jest niezgodne z art. 108 Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z tym przepisem: *Pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonywa w imieniu mocodawcy, chyba że co innego wynika z treści pełnomocnictwa albo że ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Przepis ten stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy pełnomocnik reprezentuje obie strony.* Niedopuszczalność oraz skutek nieważności takiej czynności potwierdzają orzecznictwo i doktryna prawa cywilnego:

1) *Dokonanie przez pełnomocnika czynności prawnej z samym sobą następuje wówczas, gdy pełnomocnik składa*

lub odbiera oświadczenie woli, z jednej strony, w imieniu reprezentowanego, z drugiej strony, w imieniu własnym, a również wtedy, gdy pełnomocnik, reprezentując obie strony czynności prawnej, składa lub odbiera oświadczenie w imieniu obu reprezentowanych stron, (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2005 r., sygn. akt IV CK 28/05),

2) *W literaturze przeważa pogląd, zgodnie z którym dokonanie czynności prawnej z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 108 k.c., nie powoduje bezwzględnej nieważności tej czynności. Wykładnia funkcjonalna powołanego przepisu prowadzi do wniosku, że mamy w tym wypadku do czynienia z tzw. czynnością niepełną (negotium claudicans), której skuteczność zależeć będzie od potwierdzenia przez mocodawcę. (...) Pogląd, o którym wyżej mowa, nie wydaje się jednak przekonujący. Ze względu na bezpieczeństwo obrotu należałoby raczej przyjąć, że zakaz z art. 108 ma bardziej surowy charakter, wyrażający się w tym, że jego naruszenie skutkuje jednak nieważnością czynności prawnej.* (B. Giesen, W. J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świderski, M. Wojewoda, Komentarz do art. 108 kodeksu cywilnego [w:] B. Giesen, W. J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świderski, M. Wojewoda, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX, 2009).

Odwołujący podał, że poprzez brak ustanowienia pełnomocnika przez wykonawców występujących wspólnie, oferta jest niezgodna z przepisami ustawy, co oznacza, że podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Każda niezgodność z przepisem ustawy powoduje obowiązek odrzucenia oferty. W przedmiotowym

postępowaniu nie ulega wątpliwości, że doszło do naruszenia przepisów z uwagi na to, że nie został ustanowiony pełnomocnik wykonawców występujących wspólnie. Konieczność odrzucenia oferty w przypadku zaistnienia przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdza doktryna i orzecznictwo:

1) *Ofertą niezgodną z ustawą i podlegającą tym samym odrzuceniu będzie oferta, która w jakikolwiek sposób uchyla przepisom ustawy oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Przesłanka ta będzie miała zastosowanie, gdy na podstawie innych szczegółowych przesłanek nie można oferty odrzucić, a jednocześnie naruszenie przez nią przepisów o zamówieniach publicznych sprawia, że nie może być przyjęta.* (Komentarz do art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2010, wyd. IV)

2) *Zamawiający odrzuca ofertę niezgodną z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 PrZamPublU). Przez ofertę niezgodną z ustawą należy rozumieć ofertę niezgodną z zasadami udzielania zamówień (art. 7-9 PrZamPublU), jak też z poszczególnymi przepisami ustawy, z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie ustawy, a także z przepisami aktów prawnych, do których ustawa się odwołuje (W. Łysakowski, [w:] *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2004, s. 220). (G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck 2007, wyd. 1, LEGALIS)*

- 3) *Brak ustanowienia pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ustawy powoduje, iż taka oferta jako niezgodna z ustawą podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 stycznia 2006, UZP/ZO/0-194/06)*
- 4) *Za ofertę niezgodną z ustawą należy uznać tę ofertę, która narusza jakiegokolwiek przepis PrZamPubl lub przepis wykonawczy, wydany z upoważnienia ustawowego. (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck 2010, wyd. 10, LEGALIS).*

Kolejnym argumentem przemawiającym za istnieniem przesłanek do odrzucenia oferty konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos jest, zdaniem Odwołującego brak tłumaczenia dokumentu znajdującego się na str. 65 oferty. Tłumaczenie załączone do oferty jest więc niekompletne, co powoduje, że oferta jest niezgodna z przepisami ustawy i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Brak ten nie może być konwalidowany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż tłumaczenie nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy pozwala bowiem tylko na uzupełnienie dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz

KIO 2097/10 7

pełnomocnictw. Natomiast przepis art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wyłącznie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Podał Odwołujący, iż ani art. 26 ust. 3 ani art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie rozszerzają obowiązku uzupełniania na tłumaczenia wymienionych w nich dokumentów i zastosowanie w tym przypadku wykładni rozszerzającej byłoby w istocie działaniem sprzecznym z prawem. Co prawda, przepis § 6 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. 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) stanowi, że *dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.*, jest to jednak przepis o charakterze porządkującym, nie powoduje tym samym, iż tłumaczenia stają się dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków przedmiotowych lub podmiotowych udziału w postępowaniu.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że zgodnie z Rozdziałem V, punkt 3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Wykonawcy byli zobowiązani do oferty dołączyć opłaconą polisę, potwierdzającą spełnienie warunku zdolności ekonomicznej do realizacji zamówienia. Do oferty dołączono natomiast zaświadczenie o zawarciu polisy ubezpieczeniowej o nr 73246720. Wyraźnie wynika z tego dokumentu, iż istnieje polisa OC, która nie została dołączona do oferty.

Tymczasem przepis § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie pozostawia w tym przypadku wątpliwości. Inny niż polisa dokument wykonawca może przedstawić wyłącznie w sytuacji, gdy polisy nie posiada: *Uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może przedstawić polisy lub innego dokumentu potwierdzającego podleganie ochronie*

ubezpieczeniowej alternatywnie, gdyż prymat pierwszeństwa ustawodawca daje polisie. Wykładnia gramatyczna §

1 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia [obecnie § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia] prowadzi do wniosku, że zamawiający uprawniony jest do żądania przedłożenia polisy, zaś dopiero w przypadku jej braku - wykonawca może przedłożyć inny dokument potwierdzający, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej (...). (Dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Komentarz do rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 ze zm. pod red. W. Dzierżanowskiego, Grupa Sienna 2009). Zamawiający w sytuacji nieprzedłożenia polisy, gdy z dokumentów dołączonych do oferty wynika, iż polisa istnieje ma obowiązek wezwać do uzupełnienia polisy OC - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy lub może wezwać do wyjaśnień treści

KIO 2097/10 8

złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. W zależności od wyniku uzupełnienia lub

złożonych wyjaśnień Zamawiający uwzględnia przedłożone dokumenty lub wyjaśnienia albo wyklucza wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zasadność tego stanowiska potwierdza orzecznictwo: *Zamawiający, co omówiono już w treści uzasadnienia, żądał przedłożenia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie. Odwołujący przedłożył potwierdzenie brokera oraz nieważną polisę ubezpieczeniową określającą sumę gwarancyjną na kwotę 75 000 zł. (fakt ten został przyznany na rozprawie). Z potwierdzenia brokera (certyfikat ubezpieczeniowy) wynika, że Odwołujący objęty jest ubezpieczeniem na podstawie wskazanej w certyfikacie polisy, zatem Zamawiający miał obowiązek żądać od Odwołującego przedłożenia polisy. Odwołujący przedłożył również notę pokrycia, która jak wyjaśnił na rozprawie, wystawiana jest do czasu wydania polisy. Treść noty nie odpowiada treści polisy, nie odpowiada także wymogom innego dokumentu ubezpieczeniowego. (...) Słuszne jest zatem, stanowisko w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania, w sytuacji odwoływania się przez niego do posiadania polisy ubezpieczenia i nie okazania jej Zamawiającemu (...).* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, KIO/UZP 610/09 z dnia 22 maja 2009 r.).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca - konsorcjum firm GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos, wykazując swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Oddalono w tym zakresie wniosek Odwołującego o niedopuszczenie Przystępującego do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, uzasadniony niewłaściwym umocowaniem pełnomocnika reprezentującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - GMV Innovating Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos, w tym nieczytelnością podpisu jednej z osób udzielających pełnomocnictwa. Uznano, że pełnomocnictwa z dnia 2 i 9 czerwca 2010r., udzielone przez obu członków konsorcjum tej samej osobie obejmują swym zakresem upoważnienie do reprezentowania każdego z tych podmiotów: pełnomocnictwo z dnia 2 czerwca 2010r. zawiera umocowanie min. do „korzystania w imieniu spółki z wszelkich środków ochrony prawnej w zakresie niezbędnym w procedurach przetargowych, jak też składania oświadczeń o przystępowaniu do przetargów, występowania z odwołaniami w tym zakresie, składania w imieniu Spółki pism w postępowaniach wynikających ze składania odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego, reprezentowania spółki na posiedzeniach i rozprawach w sprawach o odwołanie rozpoznawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą i reprezentowania Spółki przed właściwymi Sądami Okręgowymi” (pkt „h” pełnomocnictwa z dnia 2 czerwca 2010r.) zaś pełnomocnictwo z dnia 9 czerwca 2010r.

KIO 2097/10 9

przewiduje min. upoważnienie do „korzystania w imieniu Spółki z przysługujących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszelkich środków ochrony prawnej, jak również składania oświadczeń o przyłączeniu się do postępowania odwoławczego, wnoszenia w imieniu Spółki pism w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej jak również przed sądem okręgowym, reprezentowania Spółki na posiedzeniach i na rozprawach w toku postępowań odwoławczych rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz reprezentowania Spółki w toku postępowań przed właściwym sądem okręgowym” (pkt „h” pełnomocnictwa z dnia 9 czerwca 2010r.). Nieczytelność podpisu (brak oznaczenia do kogo należy) dotyczyła zaś pełnomocnictwa złożonego na posiedzeniu, co przy brzmieniu przytoczonych wyżej, a znajdujących się w dokumentacji postępowania upoważnień pozostawało bez znaczenia.

Zamawiający pismem z dnia 5 października 2010r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty odwołania przed otwarciem posiedzenia.

Wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego sprzeciw złożył wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos, wobec czego odwołanie podlegało rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 26 sierpnia 2010r. (data zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na tablicy ogłoszeń Zamawiającego oraz Jego stronie internetowej) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy *Prawo zamówień publicznych* w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca*

KIO 2097/10 10

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) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 *Prawa zamówień publicznych*, co uprawnia go do złożenia odwołania – w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego byłaby jedyną ważną w tym postępowaniu, w związku z czym wykonawca miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowane w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy *Prawo zamówień publicznych*) czynności i zaniechania Zamawiającego należało uznać, że odwołanie podlega oddaleniu.

1. Nie podzielono zarzutów odwołania, zgodnie z którymi oferta wykonawcy GMV Innovating Solutions spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos obarczona była błędami nakazującymi jej odrzucenie, względnie wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Na wstępie dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 23 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* stanowi, iż w przypadku, o którym mowa w 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. Z brzmienia powyższego przepisu wynika, iż na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia został nałożony obowiązek ustanowienia pełnomocnika, reprezentującego ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dwóch możliwych zakresach umocowania:

KIO 2097/10 11

1) do reprezentowania uczestników konsorcjum w postępowaniu,
2) do reprezentowania uczestników konsorcjum w postępowaniu i podpisania umowy.
Powyższa regulacja ma z jednej strony znaczenie informacyjne dla zamawiającego, co do tego, z kim należy dokonywać czynności w postępowaniu czy podpisać umowę. Jednoznaczne udokumentowanie tego pełnomocnictwa i zaprezentowanie go zamawiającemu ma jeszcze inne znaczenie o zasadniczej doniosłości: ma dawać zamawiającemu pewność, że wola wykonawców wspólnie występujących w postępowaniu na pewno, w sposób poważny i wiążący obejmuje udział w nim, i to udział w takiej konfiguracji podmiotów, jaką wskazano w ofercie. Może to mieć znaczenie dla zabezpieczenia zamawiającego przed ewentualnym uchyleciem się wykonawcy od zawarcia umowy na tej podstawie, że przed podpisaniem umowy jeden z członków konsorcjum oświadczy, że nie miał zamiaru ubiegać się o dane zamówienie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje natomiast zamawiającemu odrzucenie oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Doktryna i orzecznictwo wiąże zastosowanie przywołanej normy przede wszystkim z wadliwością oświadczenia woli stanowiącego ofertę w szczególności w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę do dokonania tej czynności. Kwestię do rozstrzygnięcia stanowi zatem, czy w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, oferta złożona – jak wynika to z wstępnej, tytułowej części formularza ofertowego – przez GMV Innovating Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos, a podpisana przez pełnomocnika posiadającego względnie szerokie upoważnienia udzielone przez każdy z tych podmiotów jest ofertą złożoną przez wskazane podmioty działające jako konsorcjum.

Dostrzec dalej należało, że treść oferty, zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów obejmuje sferę świadczenia wykonawcy odnoszącego się do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Wskazanie w formularzu wykonawcy lub wykonawców nie ma wpływu na treść oferowanego świadczenia, a skoro zostały złożone dokumenty wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie ma wątpliwości, co do ustalenia kręgu wykonawców, którzy zobowiązali się wobec zamawiającego (oblata) do wykonania oferowanego świadczenia. Za pełnowartościowe źródło wiedzy o składzie konsorcjum należało uznawać nie tylko formularz oferty, ale również pozostałe złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty, w tym przede wszystkim pełnomocnictwa.

KIO 2097/10 12

Dostrzeżenia dalej wymagało, że przepis art. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierający definicje nie wyprowadza odrębnej definicji pełnomocnictwa. Z tego względu przy prawnej ocenie zarzutu zastosowanie znajdą na podstawie brzmienia art. 14 ustawy przepisy kodeksu cywilnego. Art. 96 Kc stanowi, że istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu. Oznacza to możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy zgodnie z art. 95 § 2 Kc. Na mocy natomiast art. 109 Kc, pełnomocnik może też odbierać oświadczenia kierowane do mocodawcy. O niezbędnej treści pełnomocnictwa stanowi art. 98 Kc rozróżniający pełnomocnictwo ogólne (do czynności zwykłego zarządu), rodzajowe (określające rodzaj czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu) oraz pełnomocnictwo szczególne udzielane dla dokonania poszczególnych czynności. Dorobkiem doktryny i orzecznictwa jest ustalenie, że pełnomocnictwo, o którym mówi art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym, którego zakresem minimalnym jest upoważnienie do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych ani też przepisy kodeksu cywilnego nie wymagają, dla ważności pełnomocnictw udzielanych przez członków konsorcjum, wskazania w ich treści, iż wykonawcy ci wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, ani też udzielenia pełnomocnictwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w jednym dokumencie. Okoliczność wspólnego ubiegania się o zamówienie powinna jednoznacznie wynikać ze złożonych w postępowaniu, wraz z wnioskiem albo ofertą, dokumentów.

W okolicznościach analizowanej sprawy, potwierdzone zostało całością złożonych wraz z ofertą dokumentów wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawców: GMV Innovating Solutions spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos. Pełnomocnikiem obu wykonawców jest jedna i ta sama osoba. Zakres jej umocowania określają:

- pełnomocnictwo udzielone przez działającego w imieniu Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos jej umocowanego przedstawiciela z dnia 2 czerwca 2010r. (k. 64-70 oferty) wraz z tłumaczeniem z języka hiszpańskiego (k. 71-77 oferty) oraz załączonym do przystąpienia do postępowania odwoławczego powtórny, pełny (opatrzone o brakującą pierwszą stronę) tłumaczeniem pełnomocnictwa;

KIO 2097/10 13

- pełnomocnictwo z dnia 9 czerwca 2010r. udzielone przez dwóch uprawnionych do działania w imieniu GMV Innovating Solutions spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie przedstawicieli tego podmiotu (dwaj członkowie zarządu ujawnieni w KRS) – k. 61-63 oferty. Każde z wymienionych pełnomocnictw, o analogicznej treści zawiera relatywnie szeroki zakres związany z ubieganiem się mocodawcy o zamówienia publiczne, nieograniczony dodatkowymi warunkami obejmujący, przykładowo: przygotowywanie ofert; reprezentowanie mocodawców we wszelkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego; zawieranie umów konsorcjum, reprezentowanie przed wszystkimi organami i sądami powszechnymi w związku z postępowaniami o zamówienie publiczne, korzystanie ze środków ochrony prawnej, negocjowanie i zawieranie umów o zamówienia publiczne, reprezentowanie wobec zamawiających w związku z wykonywaniem umów o zamówienia publiczne. Tym samym osoba umocowana w imieniu Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 czerwca 2010r., jak również posiadająca stosowne umocowanie udzielone jej przez GMV Innovating Solutions spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w dniu 9 czerwca 2010r., była upoważniona do dokonania w imieniu każdego z wymienionych podmiotów z osobna wymienionych w nich, a przytoczonych wyżej czynności. Dostrzec trzeba dalej, że skoro każde z pełnomocnictw obejmowało bez ograniczeń reprezentowanie mocodawcy przy dokonywaniu wszelkich czynności prawnych i faktycznych związanych z ubieganiem się o udzielenie zamówień publicznych, na każdym etapie postępowania, w szczególności: zawieranie w imieniu mocodawcy umów konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne (pkt II ppkt b) każdego z pełnomocnictw); negocjowanie i zawieranie w imieniu i na rzecz mocodawcy umów o zamówienia publiczne (pkt II ppkt i) każdego z pełnomocnictw); reprezentowanie mocodawcy wobec zamawiających w toku wykonywania umów o zamówienie publiczne (pkt II ppkt j) każdego z pełnomocnictw, to tym samym obejmowało uprawnienie do złożenia w imieniu mocodawcy oferty, również w ramach konsorcjum z innym podmiotem. Ten zakres pełnomocnictwa i intencję potwierdzili post factum ich wystawcy składając oświadczenia z dnia 29 września 2010r. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, pozwala bowiem uznać, że obaj wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum, to jest GMV Innovating Solutions spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wszelkich, a przykładowo wymienionych wyżej czynności dotyczących

KIO 2097/10 14

sfery zamówień publicznych (reprezentowania w postępowaniu aż po zawarcie i wykonywanie umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Pełnomocnictwo winno być rozpatrywane na gruncie przepisów prawa cywilnego. Powołany wyżej przepis art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada bowiem obowiązek ustanowienia przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia pełnomocnika, przy czym, po myśli art. 14 ustawy, Przepisy ustawy – Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem, którego celem jest zawarcie umowy i jako takie nie jest wyłączone z zakresu działania reguł prawa cywilnego, w części nie podlegające regulacji w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zwrócić należy także uwagę, że nie ma obowiązku przedkładania umowy konsorcjum do oferty, co oznacza, że Zamawiający na tym etapie musi polegać na zawartości oferty i załączonego do niej pełnomocnictwa lub pełnomocnictw. Nie sposób zatem przypisać zasadności twierdzeniom Odwołującego, zgodnie z którymi na gruncie przedmiotowej sprawy nie zawarto umowy konsorcjum. Nie wdając się w kwestię zakresu umowy konsorcjum a także sposobu reprezentacji obu wykonawców składających się na konsorcjum, bowiem stanowiłoby to nieuprawnioną spekulację co do okoliczności, które na tym etapie nie są badane (a i samo badanie pozostaje w pierwszym rzędzie w gestii Zamawiającego), należało stwierdzić, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego złożyli w tym postępowaniu ofertę za pośrednictwem skutecznie umocowanego pełnomocnika.

Istotnie, optymalną byłaby sytuacja, gdyby obaj członkowie konsorcjum, w jednym dokumencie ustanowili wspólnego pełnomocnika. Nie oznacza to jednak, że nie jest dopuszczalne udzielenie pełnomocnictw przez dwa lub więcej podmiotów, każdy z osobna w odrębnym dokumencie, jeśli tylko na podstawie całokształtu okoliczności nie będzie budziła

wątpliwości wola podmiotów je składających. Na gruncie analizowanego postępowania wola podmiotów GMV Innovating Solutions spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos została wyrażona najpierw ustanowieniem w okresie bezpośrednio poprzedzającym złożenie oferty pełnomocnika do wspólnego złożenia oferty; następnie złożeniem oferty w postępowaniu, gdzie w formularzu ofertowym wyraźnie wskazano oba podmioty jako wspólnie składające ofertę podając, że podmioty działają jako konsorcjum (k. 1 oferty); złożeniem oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia za każdego z wykonawców przez ustanowionego pełnomocnika (k. 4 i 5 oferty);

KIO 2097/10 15

złożeniem oświadczenia o spełnianiu warunków w postępowaniu, gdzie wymieniono oba podmioty wchodzące w skład konsorcjum (k. 6 oferty); załączeniem do oferty odpowiednich dokumentów rejestrowych i ich odpowiednika w Hiszpanii w odniesieniu dla każdego z członków konsorcjum (k. 7-13 i 14-15 oferty); załączeniem zaświadczeń z ZUS i US oraz KRK oraz ich odpowiedników w Hiszpanii dla każdego z członka konsorcjum (k. 16, 17-18, 19-20, 21-22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29-40 w ofercie Przystępującego). Dostrzeżenia także wymagało, że oba podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu pozostają w grupie kapitałowej Grupo Tecnológico e Industrial GMV SA., co pozwala zakładać działanie podmiotów wchodzących w skład grupy w warunkach pewnej więzi organizacyjnej oraz porozumienia. Dla obydwu podmiotów składających się na konsorcjum istnieje także wspólna polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej, obejmująca całą grupę kapitałową, w tym także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu (k. 80 oferty Przystępującego) Powyższe było dodatkowo argumentem przemawiającym za uznaniem istnienia między wykonawcami porozumienia, którego treścią jest wspólne występowanie w analizowanym postępowaniu.

W związku z powyższym, zasadnym jest wniosek, że złożone do oferty GMV Innovating Solutions spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos pełnomocnictwa z dnia 2 i 9 czerwca 2010r., w kontekście całokształtu złożonych dokumentów i oświadczeń w sposób niewątpliwie przekonują, że między tymi podmiotami istnieje porozumienie, którego treścią jest wspólne złożenie oferty i uzyskanie zamówienia.

Tak dokonana ocena odpowiada postulatowi uwzględnienia przy interpretacji treści pełnomocnictwa innych dokumentów związanych z interpretowanym tekstem.

Niezależnie od powyższego, należało dostrzec, że w sytuacji gdyby złożone do oferty pełnomocnictwa były niedoskonałe w stopniu nie pozwalającym ustalić zakresu umocowania i uznać, że odpowiednia osoba została umocowana przez obu członków konsorcjum do złożenia w ich imieniu oferty w postępowaniu, pełnomocnictwa te mogłyby podlegać uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Złożone przez Przystępującego do akt oświadczenia z dnia 29 września 2010r. osób reprezentujących podmioty: GMV Innovating Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos, czynią zadość temu celowi: wynika z nich wyraźnie że intencją uprzednio udzielonych pełnomocnictw (z dnia 2 czerwca 2010r. oraz z dnia 9 czerwca 2011r.) było „umocowanie

KIO 2097/10 16

pełnomocnika do reprezentowania obu konsorcjantów we wszystkich sprawach i działaniach związanych ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego objętego postępowaniem, a także do zawarcia umowy konsorcjum w obrębie grupy kapitałowej, w skład której wchodzi GMV Innovating Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością wraz z Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. – członkowie konsorcjum”.

Dokument stwierdzający ustanowienie pełnomocnika, tak jak inne oświadczenie podlega bowiem interpretacji. Znajduje do niego zastosowanie ogólna reguła wyrażona w art. 65 § 1 Kc. Przepis ten stanowi, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. To także przemawia za trafnością dokonanej przez Zamawiającego oceny dokumentów złożonych w ofercie konsorcjum GMV Innovating Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos i uznania, że tę ofertę złożyły podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia,

reprezentowane przez jednego pełnomocnika na podstawie pełnomocnictw z dnia 2 i 9 czerwca 2010r.

Złożonym przez Przystępującego oświadczeniom nie przyznano waloru dowodów, z uwagi na to, że co do zasady są one nieprzydatne do stwierdzenia okoliczności faktycznych (nie stanowią oświadczeń wiedzy o faktach, za wyjątkiem bezspornej okoliczności istnienia pełnomocnictw z dnia 2 i 9 czerwca 2010r.), a raczej miały znaczenie interpretacyjne w odniesieniu do złożonych uprzednio oświadczeń w zakresie udzielenia pełnomocnictw (i w tej też mierze mogłyby stanowić ich ewentualny substytut składany w ramach uzupełnienia). Takie też znaczenie przypisano wskazanym oświadczeniom, uznając, że wyjaśniają one zakres i potwierdzają wolę udzielenia przez ich wystawców (GMV Innovating Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie a także Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos) pełnomocnictw do reprezentowania każdego z nich, w tym także do wspólnego ubiegania się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Miasto Szczecin - Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Wykonanie i wdrożenie systemu zarządzania flotą pojazdów komunikacji miejskiej miasta Szczecin - etap I, II, stanowiący element realizacji projektu pn: Poprawa funkcjonowania transportu miejskiego w aglomeracji szczecińskiej poprzez zastosowanie systemów telematycznych”*, co potwierdziło słuszność oceny dokonanej w analizowanym zakresie, że wolą obu wykonawców było wspólne wystąpienie w postępowaniu i złożenie ważnej oferty. Uznano zatem, że wspomniane oświadczenia stanowią wyjaśnienie treści złożonych uprzednio pełnomocnictw z dnia 2 i 9 czerwca 2010r. dokonane przez uprawnione osoby.

KIO 2097/10 17

Odmienne wnioskowanie, wbrew woli zainteresowanych (GMV Innovating Solutions spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Canto) pomimo wyrażenia przez te podmioty na etapie składania oferty zamiaru złożenia oferty wspólnie a następnie poprzez podtrzymanie tej intencji w ramach przystąpienia do postępowania odwoławczego, a wreszcie w formie złożonych następnie jednoznacznych oświadczeń z dnia 29 września 2010r. stanowiłoby nieuzasadnione celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wkraczanie w sferę dyspozycyjności wykonawcy. Okoliczność, że każdego z członków konsorcjum reprezentuje ten sam pełnomocnik nie czyni złożonej oferty nieważną. Zresztą i sam Odwołujący odnosi argumentację wskazującą na nieważność czynności w odniesieniu do zawarcia umowy konsorcjum. Jak wskazano wyżej, umowa konsorcjum na tym etapie nie jest badana, wykonawca nie ma obowiązku złożenia jej wraz z ofertą. Zgodnie z treścią art. 23 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Z tego względu nie uwzględniono argumentacji zawartej w odwołaniu, zgodnie z którą zawarcie przez pełnomocnika reprezentującego obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego umowy konsorcjum byłoby niezgodne z treścią art. 108 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym *Pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonywa w imieniu mocodawcy, chyba że co innego wynika z treści pełnomocnictwa albo że ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Przepis ten stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy pełnomocnik reprezentuje obie strony,*

co skutkowałoby nieważnością takiej czynności. Powyższe twierdzenie, wraz z przytoczonym przez Odwołującego orzecznictwem i poglądami doktryny odnosi się do umowy konsorcjum, podczas gdy treść tej umowy oraz przyjęte na użytek jej zawarcia zasady reprezentacji stron nie są i nie muszą być Zamawiającemu (a także innym podmiotom) komunikowane do momentu po wyborze oferty bezpośrednio poprzedzającego zawarcie umowy.

Tak argumentując, nie podzielono podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 23 ust. 2 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos.

2. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy - poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu (opłaconej polisy OC).

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w punkt 3.4 Rozdział V specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani do oferty dołączyć opłaconą polisę, potwierdzającą spełnienie warunku zdolności ekonomicznej do realizacji zamówienia. Do oferty Przystępującego dołączono natomiast zaświadczenie o zawarciu polisy ubezpieczeniowej o nr 73246720. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 *rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów: opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Uznano w tym zakresie, że złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos zaświadczenie z dnia 22 stycznia 2010r. wyczerpuje obowiązek złożenia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Uwzględniono w tym zakresie okoliczność, że złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos dokument wskazuje wyraźnie, że oba podmioty składające się na konsorcjum objęte są ochroną ubezpieczeniową przez okres od 31 grudnia 2009r. do dnia 31 grudnia 2010r. a także, że zakres tej ochrony obejmuje działalność objętą zakresem przedmiotowego zamówienia (w tym: „odpowiedzialność Cywilna od prowadzonej działalności i wraz z wystąpienia szkody – do kwoty 10.000.000,00 €; odpowiedzialność Cywilna przy Instalacji Urządzeń dla publicznych sieci telekomunikacyjnych lub publicznej własności radioelektrycznej, z przyczyn usterek, jak również z powodu instalacji urządzeń nie przeznaczonych do przyłączenia do publicznych sieci telekomunikacyjnych, od zaistniałej Szkody – do kwoty 300.506,00 €; Ogólna Odpowiedzialność Cywilna i za Produkty z powodu montażu i instalacji urządzeń informatycznych wyprodukowanych przez strony trzecie oraz montażu sprzętu związanego z systemem kontroli i informacji dla autobusów pasażerskich, zarówno wewnątrz autobusów, jak i na tablicach we wnętrzach i na zewnątrz, za każdą szkodę – do kwoty 1.500.000,00 €”).

Przystępujący podał, że złożony dokument ubezpieczeniowy wiąże się z ubezpieczeniem podmiotów pozostających w ramach grupy kapitałowej; taki też wniosek wynika z treści złożonego do oferty zaświadczenia, gdzie wskazano łącznie osiem podmiotów wchodzących w skład grupy oraz dodatkowo „Hiszpańskie Czasowe Konsorcja Przedsiębiorstw(UTE), gdzie GMV uczestniczy jako współnik większościowy lub których jest jedynym zarządzającym”. Z dokumentów złożonych wraz z przystąpieniem wynika bezspornie, że polisa obejmująca swym zakresem całą grupę kapitałową, w tym obu wykonawców GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos została opłacona (vide: załączone do przystąpienia: wygenerowany elektronicznie dokument przelewu składki ubezpieczeniowej netto wraz z podatkiem od tej składki oraz zaświadczenie ubezpieczyciela o zawarciu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z dnia 11 czerwca 2010r. opatrzone wzmianką o opłaceniu polisy). Uznano w powyższym zakresie okoliczność, że złożone dokumenty potwierdzają zawarcie ważnej umowy ubezpieczenia obejmującej każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak również że w okolicznościach ubezpieczenia generalnego, obejmującego zakresem ochrony ubezpieczeniowej więcej niż jeden podmiot a zawieranego przez ubezpieczającego w imieniu i za powiązane z nim podmioty oraz na ich rzecz, tylko ten podmiot posiada polisę, pozostałe zaś podmioty korzystają w takim wypadku z dowodów wtórnych potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia takich jak certyfikat lub potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia. Dokument złożony przez Przystępującego do oferty wraz z dopełniającymi go potwierdzeniem zapłaty składki z tytułu tego ubezpieczenia oraz ponownym zaświadczeniem opatrzonym o wyraźne stwierdzenie, że ubezpieczenie z tego tytułu

zostało opłacone, należy uznać za równoważne wymaganej opłaconej polisie. Powyższe przemawiało za uznaniem, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos, składając zaświadczenie z dnia 22 stycznia 2010r. wypełnili obowiązek złożenia polisy lub w razie jego braku - innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W związku z powyższym, zarzut wyartykułowany w odwołaniu, zgodnie z którym Zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy - poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu (opłaconej polisy OC), został nieuwzględniony.

KIO 2097/10 20

3. Za bezpodstawny uznano także zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy - poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu to jest tłumaczenia dokumentu znajdującego się na str. 65 oferty. Odwołujący wykazuje, że tłumaczenie załączone do oferty jest niekompletne, co powoduje, że oferta jest niezgodna z przepisami ustawy i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Brak ten nie może być konwalidowany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż tłumaczenie nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy pozwala bowiem tylko na uzupełnienie dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pełnomocnictw. Natomiast przepis art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wyłącznie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Podał Odwołujący, iż ani art. 26 ust. 3 ani art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie rozszerzają obowiązku uzupełniania na tłumaczenia wymienionych w nich dokumentów i zastosowanie w tym przypadku wykładni rozszerzającej byłoby w istocie działaniem sprzecznym z prawem.

Dostreżenia jednak w tym miejscu wymagało, że brakująca strona tłumaczenia nie czyni złożonej oferty nieczytelną w tym zakresie, w sposób uniemożliwiający ocenę przez Zamawiającego, w czym imieniu ustanowiono pełnomocnika, ani tym bardziej, jaki jest zakres jego umocowania.

Dodatkowo, jak trafnie zauważył Odwołujący – uzupełnianiu podlegają między innymi pełnomocnictwa. Brakujący dokument stanowi jedną stronę pełnomocnictwa oraz jego tłumaczenia. Dokument ten mógłby zatem podlegać uzupełnieniu. Przystępujący złożył na etapie postępowania odwoławczego (załączył do zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego) tłumaczenie pełnomocnictwa złożonego do oferty a także uzupełnione pełnomocnictwo (odpis pierwotnie złożonego aktu notarialnego) wraz jego kolejnym tłumaczeniem, co pozwala uznać, że Jego oferta jest kompletna i nie wymaga dalszego uzupełnienia.

Powyższe decydowało o nieuwzględnieniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy - poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji należało uznać, że nie potwierdziły się także i dalsze, będące następstwem opisywanych w pkt 1-3 uzasadnienia zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 7 w zw. z art. 23 ust. 2 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców GMV Innovating Solutions

KIO 2097/10 21

Sp. z o.o. w Warszawie oraz Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A. w Tres Cantos, co skutkowało uznaniem, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 2097/10 22