Sygn. akt KIO/UZP 1231/08

WYROK
z dnia 18 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Lech Sp. z o.o., 78-100 Kołobrzeg, ul. Rybacka 11B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową 1906, 78-601 Wałcz, ul. Ciasna 7** protestu z dnia 9 października 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Lech Sp. z o.o., 78-100 Kołobrzeg, ul. Rybacka 11B** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Lech Sp. z o.o., 78-100 Kołobrzeg, ul. Rybacka 11B,**
2) dokonać wpłaty kwoty **711 zł 00 gr** (słownie: siedemset jedenaście złotych zero groszy) przez **Lech Sp. z o.o., 78-100 Kołobrzeg, ul. Rybacka 11B** na

---

rzecz **Jednostki Wojskowej 1906, 78-601 Wałcz, ul. Ciasna 7,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu,

3) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Lech Sp. z o.o., 78-100 Kołobrzeg, ul. Rybacka 11B.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 1906 w Wałczu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostarczanie olejów i tłuszczów roślinnych do jednostek wojskowych i ośrodków szkolenia poligonowego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.07.2008 roku pod numerem 2008/S 146 – 196557. Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 części (zwanych w treści środków ochrony prawnej zadaniami).
Wobec ustalonych przez Zamawiającego wyników postępowania odwołanie poprzedzone protestem wniósł „LECH" Sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu. Odwołujący się wskazał, że wyboru oferty w zakresie zadań nr 1, 2, 3 dokonano z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamowień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – dalej: Pzp. Odwołujący się podniósł, że oferta uznana za najkorzystniejszą złożona przez Przemysł Drobiarski i Mleczarski „MAT" S.A. z siedzibą w Grudziądzu – dalej: MAT S.A. oraz oferta wykonawcy Spółdzielnia Obrotu Towarowego Przemysłu Mleczarskiego „SOT" z siedzibą w Białymstoku – dalej: Spółdzielnia SOT, nie odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: siwz, gdyż nie posiadają odpowiednich referencji i powinny zostać odrzucone. W treści protestu wskazano, iż naruszenie Zamawiającego polegało na tym, iż w ofercie złożonej przez wymienionych wykonawców załączony był dokument referencji udzielonych przez „Społem" Powszechną Spółdzielnię Spożywców w Szczecinie. Referencja została podpisana przez jednego członka zarządu Jerzego M., podczas, gdy reprezentacja spółdzielni nie jest jednoosobowa, na co

Odwołujący się załączył fragment odpisu z KRS z systemu Informacji Prawnej LEx (Lex Prestige). Skoro Jerzy M. nie jest samodzielnie upoważniony do składania oświadczeń w imieniu spółdzielni, to referencję wystawioną przez Społem należy uznać za nieistniejącą. W treści odwołania podniesiono ponadto, że pojęcie reprezentacji dotyczy występowania we wszelkich stosunkach prawnych wynikających z różnych dziedzin prawa i obejmuje składanie

oświadczeń woli, jak również występowanie przed organami orzekającymi, ujawnianie stanowiska na zewnątrz, składanie oświadczeń, wyjaśnień przed organami samorządowymi i państwowymi, występowanie przed organami nadzorczymi, osobami trzecimi. Odwołujący się wywiódł, że pojęcia „reprezentacji" nie powinno się ograniczać do uprawnienia do składania oświadczeń woli. Ponadto zdaniem Odwołującego się o możliwości reprezentacji decyduje faktyczne i prawne umocowanie określonych osób do reprezentowania podmiotu na zewnątrz. Odwołujący się wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie ofert złożonych przez MAT S.A. oraz Spółdzielnię SOT, dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o orzeczenie o zwrocie kosztów postępowania wg. norm przypisanych.
Zarówno protest, jak i odwołanie zostały wniesione w termach ustawowych (protest w dniu 9.10.2008 roku, odwołanie w dniu 21.10.2008 roku za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego). Zachowany został warunek jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.
Zamawiający protest oddalił pismem z dnia 16.10.2008 roku, które tego dnia przekazał Odwołującemu się.
W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że w siwz nie zawarł wymogu, aby referencje podpisane były przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu, na rzecz, którego wykonywane były dostawy. Zamawiający wskazał, że skoro referencje nie mają charakteru oświadczenia woli, lecz stanowią oświadczenie wiedzy, to mogą być podpisane np. na podstawie upoważnienia lub w związku z przyjętym w danym podmiocie podziale obowiązków przez inne osoby niż upoważnione do reprezentowania danego podmiotu.
Na poparcie swoich twierdzeń obie strony powoływały wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 5 kwietnia 2007 roku (sygn. akt XIX Ga 120/07).

Po ustaleniu podczas posiedzenia, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.
Na podstawie dowodów ze znajdującej się w oryginalnej dokumentacji postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert MAT S.A. oraz Spółdzielni SOT, fragmentu odpisu z KRS z systemu Informacji Prawnej Lex (Lex Prestige), pisma Zamawiającego do „Społem" Powszechnej Spółdzielni Spożywców w Szczecinie z dnia 5.11.208 roku, odpowiedzi Spółdzielni z dnia 12.11.2008 roku Izba ustaliła i zważyła następujący stan faktyczny:

W celu potwierdzenia posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (określonego w Rozdziale VIII. Pkt III.1 siwz) Zamawiający w Rozdziale IX. Pkt II.2 żądał:
a) wykazu potwierdzającego, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonawca wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych, również wykonuje należycie dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia (…);
b) dokumentu potwierdzającego (np. referencje), że dostawy wymienione wyżej zostały wykonane należycie. Wskazane jest, aby dokument (referencje) zawierał: przedmiot umowy, termin realizacji umowy (data rozpoczęcia i zakończenia umowy, względnie datę ostatniej dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 Pzp), wartość podpisanej umowy, nazwę odbiorcy, informację o należytym wykonaniu umowy (str. 10 siwz).
MAT S.A złożył wraz z ofertą m.in. dokument z dnia 4.08.2008 roku wystawiony przez Społem Spółdzielnię Spożywców w Szczecinie, wskazujący, że „na podstawie zawartej

umowy od 1.07.2006 roku do dnia 31.07.2008 roku wartość dokonanych zakupów nabiału wynosiła ponad 9 mln zł (brutto)". Dokument wyszczególniał wartość poszczególnych asortymentów dostarczanych w ramach powołanej umowy oraz zawierał pozytywną ocenę MAT S.A. Pod treścią dokumentu widnieje podpis Jerzego M. - Członka Zarządu – Wiceprezesa ds. Handlu.
Spółdzielnia SOT złożyła wraz z ofertą m.in. dokument z dnia 10.05.2007 roku wystawiony przez Społem Spółdzielnię Spożywców w Szczecinie, wskazujący, że w okresie od 1.01.2006 roku do dnia 31.12.2006 roku wartość dokonanych zakupów wyrobów mleczarskich wynosiła ponad 7.635.833,09zł (netto). Dokument zawierał pozytywną ocenę MAT S.A. Pod treścią dokumentu widnieje podpis Jerzego M. - Członka Zarządu – Wiceprezesa ds. Handlu.

Izba zważyła, co następuje:
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Odwołujący się nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego się została oceniona jako trzecia w kolejności we wszystkich częściach postępowania, zatem możliwość uzyskania zamówienia stwarza potwierdzenie zarzutów odwołania w odniesieniu zarówno do MAT. S.A. jak i Spółdzielni SOT, pod warunkiem, że spowoduje to konieczność eliminacji tych wykonawców z postępowania. Tymczasem Zamawiający wykazał na rozprawie, że nawet potwierdzenie zarzutów odwołania w stosunku do Spółdzielni SOT nie uniemożliwi wykazania przez spółdzielnię doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w Rozdziale VIII. Pkt III.1 siwz, gdyż dla wykazania

spełnienia przywołanego warunku wystarczy wartość dostaw zrealizowanych na rzecz Zamawiającego, zaś wykaz Spółdzielni SOT zawiera łącznie 10 pozycji. Zgodnie z orzecznictwem Sądów Okręgowych stwierdzenie braku interesu prawnego jest wystarczającą oddalenia odwołania i Izba nie jest zobowiązana do przesłanką merytorycznego rozpoznawania zarzutów odwołania, może to jednak uczynić.
Izba poddała merytorycznej analizie zarzut odwołania i stwierdziła, że nie znajduje on potwierdzenia.

W wyroku z dnia 5 kwietnia 2007 roku (sygn. akt XIX Ga 120/07) Sąd Okręgowy w Katowicach uznał zarzuty podniesione w stosunku do dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw. Sąd Okręgowy ustalił, że wskazane dokumenty nie odpowiadają wymogom siwz, w której Zamawiający wymagał podpisania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez osoby upoważnione do reprezentowania kupującego.
W badanym postępowaniu Zamawiający takiego wymagania nie sformułował, a treść dokumentu wystawionego w imieniu „Społem" Spółdzielni Spożywców w Szczecinie w dniu 4.08.2008 roku odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w siwz (okoliczność bezsporna).
Art. 49. § 1 ustawy z dnia 16 września 1982 roku - Prawo Spółdzielcze (Dz.U. z 2003 roku, Nr 188, poz. 1848 ze zm.) stanowi, że skład i liczbę członków zarządu określa statut. Statut może przewidywać zarząd jednoosobowy, którym jest prezes, i ustalać wymagania, jakie powinna spełniać osoba wchodząca w skład zarządu lub prezes w zarządzie jednoosobowym. Art. 54 § 1 ustawy Prawo Spółdzielcze głosi, że oświadczenia woli za spółdzielnię składają dwaj członkowie zarządu lub jeden członek zarządu i pełnomocnik.
W spółdzielniach o zarządzie jednoosobowym oświadczenie woli mogą składać również dwaj pełnomocnicy. Oświadczenie woli to taki przejaw woli, który w dostateczny sposób komunikuje zamiar wywołania skutku w postaci powstania, zmiany lub ustania stosunku cywilnoprawnego. Dokument wystawiony w dniu 4.08.2008 roku przez „Społem" Spółdzielnię Spożywców w Szczecinie nie stanowi oświadczenia woli, lecz zawiera ocenę co do wywiązania się przez MAT S.A. z ciążących na nim zobowiązań kontraktowych. Stanowi, zatem oświadczenie wiedzy Spółdzielni „Społem" i stosownie do przywołanego przepisu art. 54 ustawy Prawo Spółdzielcze, może być składane przez jednego z członków zarządu nawet przy ustanowionej łącznej reprezentacji spółdzielni.
Podstawą prawną do reprezentacji podmiotów jest nie tylko sprawowanie funkcji piastuna organu zarządzającego (członkostwo w organie zarządzającym). Uprawnienie do reprezentacji wynikać może również z przyjętego w danym podmiocie podziału zadań

między członków organu zarządzającego lub z udzielonego pełnomocnictwa.

Zgodnie z art. 55 § 1 Prawa spółdzielczego zarząd może udzielić jednemu z członków zarządu lub innej osobie pełnomocnictwa do dokonywania czynności prawnych związanych z kierowaniem bieżącą działalnością gospodarczą spółdzielni lub jej wyodrębnionej organizacyjnie i gospodarczo jednostki, a także pełnomocnictwa do dokonywania czynności określonego rodzaju lub czynności szczególnych.
Art. 188 ust. 1 Pzp, oraz art. 6 k.c w związku z art. 14 Pzp nakazują udowodnienie twierdzeń stronie, która wywodzi z nich skutki prawne. Izba stwierdza, że Odwołujący się nie udowodnił swoich twierdzeń.
Odwołujący się nie wykazał, że Pan Jerzy M. wystawiając dokument z dnia 4.08.2008 roku na rzecz MAT S.A. nie był umocowany do dokonania tej czynności. Natomiast Zamawiający za pomocą pisma Spółdzielni „Społem" z dnia 12.11.2008 roku wykazał skutecznie, że czynność podpisania dokumentu z dnia 4.08.2008 roku nastąpiła zgodnie z zasadami działania Spółdzielni „Społem" oraz z przywoływanymi wyżej przepisami Prawa Spółdzielczego.
Izba zauważa jednocześnie, że wskazanie jako podstawy prawnej zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie jest trafne. Przywołany przepis odnosi się do aspektu merytorycznego świadczenia oferowanego w postępowaniu – ewentualnego zobowiązania przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Właściwą podstawę prawną stanowi art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp lub art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie 1 Pzp oddaliła odwołanie.
O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) zasądzając koszty noclegu pełnomocników Zamawiającego zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

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

Przewodniczący:
……

Członkowie: ……
……

---

* *niepotrzebne skreślić*