

WYROK
z dnia 12 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 11 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: PETEK i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze (lider konsorcjum); MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Śeliwna 38, 40-559 Katowice (członek konsorcjum)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu / protestów * z dnia 5 listopada 2008 r.

przy udziale **Conbelts Bytom S.A z siedzibą w Bytomiu, ul. Szyby Rycerskie, 41-909 Bytom** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie,

2. kosztami postępowania obciążyć Kompanię Węglową S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice i nakazuje:

1

-
- 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 **Konsorcjum firm: PETEK i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze (lider konsorcjum); MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Śeliwna 38, 40-559 Katowice (członek konsorcjum),**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **Konsorcjum firm: PETEK i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze (lider konsorcjum); MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Śeliwna 38, 40-559 Katowice (członek konsorcjum),** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: PETEK i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze (lider konsorcjum); MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Śeliwna 38, 40-559 Katowice (członek konsorcjum).**

Uzasadnienie

Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę folii wentylacyjnych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w IV kwartale 2008 roku oraz w 2009 roku”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 4 września 2008 r., nr 2008/S 171-228867.

2

W dniu 5 listopada 2008 r. (pismem z dnia 4 listopada 2008 r.) Conbelts Bytom S.A. z siedzibą w Bytomiu, zwany dalej „Conbelts”, wniósł protest na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: PETEK i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (lider konsorcjum), MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (uczestnik konsorcjum), zwane dalej „Odwołującym”, wskazując na załączenie nieprawidłowego pełnomocnictwa oraz niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ. Conbelts zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na naruszenie art. 2 pkt 11 w związku z art. 23 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 106 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Jednocześnie wniósł o:

1. unieważnienie czynności wezwania wykonawców do złożenia oferty dodatkowej na zadanie nr 3 w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp,
2. dokonanie ponownej czynności oceny ofert na zadanie nr 3, w tym oferty Conbelts, zgodnie z ustawą Pzp,
3. odrzucenie oferty Odwołującego,
4. dokonanie wyboru oferty Conbelts na zadanie nr 3 jako najkorzystniejszej i zaproszenie Conbelts do podpisania umowy.

W uzasadnieniu wskazał, iż do oferty Odwołującego załączono nieprawidłowe pełnomocnictwo, gdyż wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, określili w § 2 umowy zakres umocowania i nie obejmował on prawa do ustanawiania dalszych pełnomocnictw. Składający ofertę Adam K. nie był więc prawidłowo umocowany do podpisania oferty przez uczestnika konsorcjum firmę MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Nadto dodał, iż Odwołujący w swojej ofercie na stronach 55 i 56 (załącznik nr 2, dotyczący zadania nr 3 i 4), poprzez wpisanie w ostatniej kolumnie „Tak” potwierdził zakres parametru szerokości oferowanej folii wymaganej przez Zamawiającego, co jest – zdaniem Conbelts - sprzeczne z załączoną przez Odwołującego dokumentacją techniczną (dla zadania nr 3 Odwołujący przy szerokości 1,0 -1,5 m oferuje 1,2 + _5%; przy zakresie zadania nr 4 przy szerokości 1,0 -1,5 m Odwołujący oferuje 1,10 + _10%). Tym samym oferowane parametry nie obejmują całego wymogu SIWZ, co jest sprzeczne z twierdzeniem „Tak” umieszczonym w treści oferty.

Zamawiający pismem z dnia 5 listopada 2008 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał tej samej dacie) poinformował Odwołującego o wniesieniu w dniu 5 listopada 2008 r. protestu przez wykonawcę Conbelts, jednocześnie wzywając

3

wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 6 listopada 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 7 listopada 2008 r.) Odwołujący przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez wykonawcę Conbelts w zakresie zadania nr 3, wnosząc o oddalenie zarzutów dotyczących złożonej przez niego oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż jego oferta została podpisana w sposób prawidłowy, gdyż do umowy konsorcjum z dnia 22 września 2008 r., która została załączona do złożonej oferty (s. 41-44 oferty), Strony w dniu 29 września 2008 r. zawarły aneks, na mocy którego MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (uczestnik konsorcjum) rozszerzył

udzielone w § 2 umowy pełnomocnictwo o prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw. Przedmiotowy aneks nie został dołączony do oferty, złożonej w dniu 9 października 2008 r.

Za bezzasadny uznał także zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Pismem z dnia 13 listopada 2008 r. Zamawiający uwzględnił protest, jednocześnie informując, iż dokona ponownego badania i oceny oferty Odwołującego. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 24 listopada 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 27 listopada 2008 r.), wskazując m.in., iż w przedmiotowym postępowaniu był uprawniony do udzielenia pełnomocnictwa substytucyjnego, a zaoferowany przedmiot oferty spełnia wszystkie warunki określone w treści SIWZ. Jednocześnie wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na uwzględnieniu protestu.

Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 24 listopada 2008 r.

Pismem z dnia 1 grudnia 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W 11 grudnia 2008 r. (pismem z dnia 8 grudnia 2008 r.) Conbelts przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

4

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, dotyczącego braku umocowania Adama K. do podpisania oferty, Izba uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

W celu rozpatrzenia zarzutu, Izba ustaliła, co następuje:

- 1) do oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu dołączono umowę konsorcjum z dn. 22.09.2008 r., w której uczestnicy konsorcjum postanowili w § 2, iż pełnomocnikiem konsorcjum będzie PETEK i wspólnicy Sp. z o.o. Zakres umocowania obejmował reprezentację w postępowaniu na „Dostawę folii wentylacyjnych do oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w IV kwartale 2008 oraz w 2009 r.” o udzielenie zamówienia oraz zawarcie umowy;
- 2) w dn. 7 10.2008 r. PETEK i wspólnicy Sp. z o.o. udzieliła pełnomocnictwa, we własnym imieniu, Adamowi K., do reprezentowania w postępowaniu na „Dostawę folii wentylacyjnych”;
- 3) Odwołujący w dniu 7 listopada 2008 r. przedłożył Zamawiającemu aneks z dn. 29.09.2008 r. do umowy konsorcjum z dn. 22.09.2008 r., w którym zmieniono § 2 umowy konsorcjum w ten sposób, że dodano pełnomocnikowi uprawnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, co następuje:

1. Pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie upoważniającym do złożenia oferty, jest pełnomocnictwem prawa materialnego i jako takie wymaga – w razie umocowania do udzielania dalszych pełnomocnictw – wyraźnego wskazania odnośnie tej kwestii w treści pełnomocnictwa. Zgodnie z art. 106 k.c. pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Z treści umocowania zawartego w umowie konsorcjum umocowanie do dalszych pełnomocnictw nie wynikało, natomiast można twierdzić, że umocowanie do udzielania pełnomocnictw przez zarząd uprawniony do reprezentacji spółki wynika wprost z ustawy, dlatego udzielenie pełnomocnictwa substytucyjnego osobie prawnej nie było potrzebne. Wszak umocowano osobę prawną do działania, a nie imiennie członków zarządu organu.
2. W proteście zakwestionowano prawo PETEK i wspólnicy Sp. z o.o. do udzielania dalszych pełnomocnictw – tymczasem można uznać za wątpliwe, czy pełnomocnictwo

udzielone przez PETEK i wspólnicy Sp. z o.o. Adamowi K. jest pełnomocnictwem „dalszym”. Przepisy k.c. dotyczące pełnomocnictw co do zasady odnoszą się do pełnomocnictw udzielanych osobom fizycznym (przepis art. 106 kc wskazuje na wagę zaufania do konkretnej osoby, której udzielono pełnomocnictwa), a oczywistością jest, że osoba prawna działa przez swoje organy – dlatego nie jest jednoznaczne, że

5

pełnomocnictwo udzielone przez piastuna osoby prawnej (zarząd PETEK i wspólnicy Sp. z o.o.) osobie fizycznej może być uznane za pełnomocnictwo „substytucyjne”.

3. Niewątpliwie aneks z dn. 29.09.2008 r. uzupełniał ciąg pełnomocnictw w taki sposób, że dawał wyraźnie prawo PETEK i wspólnicy Sp. z o.o. udzielania dalszych pełnomocnictw w imieniu uczestników konsorcjum, jednak aneks ten nie został złożony wraz z ofertą i pojawił się na dopiero na późniejszym etapie postępowania. O ile na gruncie obowiązujących obecnie przepisów Prawa zamówień publicznych nie ma wątpliwości, że pełnomocnictwo można uzupełnić, to przed nowelizacją możliwości takiej wyraźnie nie wskazano – stąd Przystępujący wywodził, że przed 24.10.2008 r. nie można było uzupełnić pełnomocnictwa, jeżeli nie było ono dołączone do oferty. Zatem, aby odnieść się do argumentacji Przystępującego, należy zbadać, czy rzeczywiście przed 24.10.2008r. nie istniała możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa, jeżeli nie zostało ono złożone wraz z ofertą.

Nie ulega wątpliwości, że przepisy Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji nie odnosiły się wprost do tego zagadnienia – zgodnie z art. 14 Prawa zamówień publicznych należy więc zastosować przepisy kodeksu cywilnego.

Według art. 99 § 1 k.c., jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę składa się – co do zasady – w formie pisemnej. A więc i pełnomocnictwo do złożenia oferty powinno zostać udzielone w formie pisemnej. Z przepisów kodeksu cywilnego nie można wywieść, iż w razie braku załączenia do oferty pełnomocnictwa, jest ona nieważna. Po pierwsze, należy rozdzielić dwie kwestie: fakt udzielenia pełnomocnictwa i fakt jego udokumentowania.

Złożenie oferty jest jednostronną czynnością prawną – zgodnie z art. 104 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 czyli art. 103 kc. W przypadku oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia trudno stwierdzić, czy zamawiający „wyraził zgodę na działanie bez umocowania”, jednak w okolicznościach rozpatrywanego postępowania należy zwrócić uwagę, na fakt, że oferta odwołującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Zatem gdyby nawet pełnomocnictwo nie zostało udzielone, mocodawca (konsorcjum) mógłby powołując się na art. 103 § 1 kc potwierdzić czynność dokonaną przez pełnomocnika.

Zasadniczo jednak nie jest kwestionowane ani przez Zamawiającego, ani przez Przystępującego, że pełnomocnictwo zostało udzielone, ale wskazują oni, że

6

pełnomocnictwo do udzielania dalszych pełnomocnictw nie zostało złożone wraz z ofertą, wskazując na niemożliwość uzupełnienia takiego dokumentu. Skład orzekający Izby stoi jednak na stanowisku, że uzupełnienie pełnomocnictwa (czy to co do zakresu, czy to do ciągu pełnomocnictw) nie jest sprzeczne ani z przepisami Prawa zamówień publicznych sprzed nowelizacji, ani z przepisami kodeksu cywilnego.

Izba wskazuje, że po pierwsze, brak „pisemności” (wobec braku załączenia do oferty ciągu pełnomocnictw) nie uchybia ważności czynności prawnej (złożenia oferty), a jedynie pociąga za sobą konieczność potwierdzenia umocowania przez mocodawcę. (por. Wyrok z dnia 15 maja 1991 r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku I ACr 153/91, odnoszący się do braku pełnomocnictwa notarialnego do zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości). Po drugie, późniejsze uzupełnienie pełnomocnictwa należy uznać za dopuszczalne – ponieważ stanowi

w istocie potwierdzenie zakresu umocowania pełnomocnika; czynność ta (o ile zamawiający sam nie wyznaczył żadnego terminu) nie jest w żaden sposób ograniczona czasowo, dlatego nie ma znaczenia, z jaką datą został złożony aneks do umowy konsorcjum ani jaką datą został opatrzony.

Na koniec należy odnieść się do stanowiska, wywodzącego ze zmiany art. 26 Prawa zamówień publicznych, która weszła w życie w dniu 24.10.2008 r., iż przed tą zmianą nie można było uzupełniać pełnomocnictw. Skoro teraz ustawodawca wyraźnie przewidział taką możliwość, nie oznacza to jednak, że nie istniała ona już przedtem. Wydaje się, że celem ustawodawcy było usankcjonowanie i ujednoczenie praktyki w tym względzie - bowiem, zamawiający, aby nie narazić się na zarzut nierównego traktowania wykonawców, obawiali się dopuszczać uzupełnienie pełnomocnictw. Jak już wskazano wyżej, praktyka taka wydaje się niesłuszna na gruncie przepisów obowiązujących do dnia 23.10.2008 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba oddaliła zarzut dotyczący braków pełnomocnictwa Odwołującego do złożenia oferty.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale XVI SIWZ wskazał, iż wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ, zobowiązani są załączyć do oferty „wykaz (...) wymaganych parametrów techniczno-użytkowych (...) – zgodnie z załącznikiem nr 2a do SIWZ”. Zamawiający w przedmiotowym załączniku, dla zadania nr 3, pozycja 2 „szerokość (m)”, wskazał w kolumnie 3 wymagane parametry techniczno-użytkowe, tj. „1,0 – 1,5”.

Odwołujący do złożonej oferty załączył wypełniony załącznik nr 2a, w którym dla zadania nr 3 (s. 55 oferty), zaoferował „folię wentylacyjną F/450”, dla której w kolumnie 4

7

„oferowane przez wykonawcę wpisać odpowiednio tak lub nie lub wartość parametru” w pozycji „szerokość (m)” wpisał „TAK”.

Zdaniem Izby powyższe oznacza, iż Odwołujący, dokonując takiego zapisu oświadczył, iż zaoferowana przez niego folia wentylacyjna zawiera się w wymaganym przez Zamawiającego zakresie szerokości. Powyższe potwierdzają także, wbrew twierdzeniom Conbelts, załączone do oferty dokumenty (s. 128 –160 oferty), z treści których jednoznacznie wynika, iż w swojej ofercie ma on folię wentylacyjną o szerokości „1,20 + _ 5% (m)” (s. 128, 137 oferty). Tym samym szerokość folii wentylacyjnej wskazanej przez Odwołującego mieści się w granicach określonych w SIWZ przez Zamawiającego, tj. od 1,0 do 1,5 (m).

Izba nie rozpatrzyła zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie zadania nr 4, dzielając w tym względzie argumentację Odwołującego, iż zarzut ten jest przedwczesny, skoro Zamawiający, w ramach przedmiotowego zadania nie dokonał jeszcze żadnych czynności.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, tj. zaniechania powtórzenia oprotestowanych czynności, będących konsekwencją uwzględnienia zarzutów wniesionych przez Conbelts, nie może być przez Izbę rozpatrzony. Izba bowiem, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

8

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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, z późn. 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*