Sygn. akt V Ca 3201/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Maja Smoderek

Sędziowie: SO Oskar Rudziński

SR (del.) Agnieszka Wiśniewska

Protokolant: sekr. sądowy Anna Misiejuk

po rozpoznaniu w dniu 3 grudnia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum AMG.net S.A. w Łodzi, Buli SAS z siedzibą we Francji, Betacom S.A. w Warszawie

z udziałem zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz wykonawców Konsorcjum Sygnity S.A. w Warszawie, Ericpol Sp. z o.o. w Łodzi, Indra Sistemas S.A. w Hiszpanii; Infovide - Matrix S.A. w Warszawie, Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie i Comarch S.A. w Krakowie o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 27 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1936/13, KIO 1943/13, KIO 1954/13

zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1.B.2/ w ten sposób, że nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności wezwania wykonawcy Konsorcjum AMG.net S.A. w Łodzi, Buli SAS z siedzibą we Francji, Betacom S.A. w Warszawie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentacji poprzez złożenie prawidłowego pełnomocnictwa, a następnie powtórzenie czynności oceny dokumentów potwierdzających

spełnienie warunków udziału w postępowaniu złożonych przez tego,wykonawcę., , .

Na oryginale właściwe podpisy

' / Za zgodność sekretar^sądowy

Anna

Sygn. akt V Ca 3201/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2013 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie i orzekła o wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne prowadzone przez Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w trybie przetargu ograniczonego na „Rozbudowę i

wdrożenie nowych funkcjonalności oraz utrzymanie i rozwój systemu Elektronicznej Platformy Wymiany Danych (EPWD) oraz budowę Centralnego Rejestru Klientów Zakładu (CRKZ)" (znak postępowania TZ/370/76/12) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net SA, Buli SAS, Betacom SA (dalej „Konsorcjum AMG").

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net SA, Buli SAS, Betacom SA zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wskazanych wykonawców jako niejawnych części wniosków w/w wykonawców (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazanych w odwołaniu oraz wszystkich wyjaśnień i uzupełnień wniosków w/w wykonawców, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. art. 51 ust. 1 - 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez uznanie, że Konsorcjum AMG wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

3. art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum AMG z postępowania ze względu na fakt braku skutecznego złożenia uzupełnień wniosku,

4. z ostrożności procesowej - art. 26 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum AMG do uzupełnienia wniosku poprzez przedłożenie dokumentów wykazujących poprawne umocowanie do reprezentowania Konsorcjum AMG;

5. art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum AMG ze względu na fakt, iż Konsorcjum AMG nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez brak dokumentów potwierdzających niezaleganie z opłacaniem podatków przez Bul SAS,

6. z ostrożności procesowej - art. 26 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum AMG do uzupełnienia wniosku poprzez przedłożenie dokumentu wykazującego niezaleganie z opłacaniem podatków przez Buli SAS,

7. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum AMG ze względu na fakt, iż Konsorcjum AMG nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawców,

8. art. 51 ust. 1-3 Ustawy poprzez zakwalifikowanie do dalszego udziału w postępowaniu Konsorcjum AMG.

Podstawą jego stanowiska było twierdzenie, że działający w imieniu BULL SAS we Francji (członek konsorcjum AMG) Pan Marek Juda nie mógł udzielić spółce AMG.net S.A. (lider konsorcjum AMG) pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ustawy Pzp, którego ważność rozciągałaby się ponad okres ważności pełnomocnictwa jemu udzielonego przez przedstawicieli BULL SAS (zgodnie z adnotacją było ono ważne do 31.03.2013 r. - por. strona 24 wniosku Konsorcjum AMG).

Odwołujący w oparciu o wyżej przytoczone zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

2. powtórzenia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oceny punktowej wniosków;

3. odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez wykonawcę Konsorcjum AMG jako niejawnych części wniosków (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę

przedsiębiorstwa) wskazanych w odwołaniu oraz wszystkich wyjaśnień i uzupełnień wniosków;

4. uznania, że Konsorcjum AMG nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu,

5. wykluczenia Konsorcjum AMG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wskazanymi w Ogłoszeniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskutek brak skutecznego złożenia uzupełnień wniosku,

6. z ostrożności procesowej - wezwania Konsorcjum AMG do uzupełnienia wniosku poprzez przedłożenie dokumentów wykazujących poprawne umocowanie do reprezentowania Konsorcjum AMG,

7. wykluczenia Konsorcjum AMG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy, ze względu na fakt, iż Konsorcjum AMG nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez brak dokumentów potwierdzających niezaleganie z opłacaniem podatków przez Buli SAS,

8. z ostrożności procesowej - wezwania Konsorcjum AMG do uzupełnienia wniosku poprzez przedłożenie dokumentu niezalegania z opłacaniem podatków przez Buli SAS,

9. wykluczenia Konsorcjum AMG na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawców.

W odpowiedzi na to odwołanie zamawiający uznał zarzuty na niezasadne. Odnośnie zarzutów odwołania podniesionych w stosunku do konsorcjum AMG.net zamawiający wskazał na art. 106 kodeksu cywilnego i okoliczność, że pełnomocnictwo p. Marka Judy z 24 stycznia 2013 r. uprawnia do udzielania dalszych pełnomocnictw. Zakwestionował wywód odwołującego, że byt pełnomocnictwa substytucyjnego związany jest z istnieniem pełnomocnictwa „głównego", a wygaśnięcie tego ostatniego pociąga za sobą wygaśnięcie substytucji. Zamawiający wskazał, że udzielenie substytucji powoduje powstanie stosunku prawnego pełnomocnictwa substytucyjnego łączącego pełnomocnika substytucyjnego z reprezentowanym. Substytut działa więc w imieniu i na rzecz reprezentowanego, a dla prawidłowości czynności prawnych podejmowanych przez substytuta w imieniu i na rzecz reprezentowanego nie jest istotne istnienie pełnomocnictwa głównego. Pozycja pełnomocnika substytucyjnego nie różni się od pozycji pełnomocników ustanawianych bezpośrednio przez reprezentowanego. Udzielenie pełnomocnictwa substytucyjnego powoduje powstanie nowego stosunku prawnego, niezależnego od pełnomocnictwa głównego. Zakres nowego umocowania nie może być szerszy niż przysługujący pełnomocnikowi głównemu, bowiem pełnomocnik nie może skutecznie dokonać czynności prawnej, do której nie ma umocowania. Należy odróżnić treść pełnomocnictwa, która jest decydująca dla umocowania do działania od przedmiotu pełnomocnictwa, który decyduje o tym, jakie czynności pełnomocnik może dokonać na podstawie swojego upoważnienia; przedmiotem jest też umocowanie do ustanowienia innych pełnomocników. Zamawiający stwierdził zatem, że wygaśnięcie stosunku pełnomocnictwa głównego nie powoduje wygaśnięcia pełnomocnictwa substytucyjnego. W świetle powyższego skoro pełnomocnik p. Marek Juda był w treści pełnomocnictwa upoważniony do udzielania dalszych pełnomocnictw i ustanowił pełnomocników substytucyjnych, a ustanowienie nastąpiło przed dniem 31 marca 2013 r., a więc w czasie, gdy takie prawo posiadał, pełnomocnicy substytucyjni nabyli prawo do bezpośredniego działania w imieniu i na rzecz reprezentowanego (konsorcjum AMG.net), reprezentowany w pełnomocnictwie pana Marka Judy nie zastrzegł, iż udzielenie substytucji obejmuje czas ograniczony do 31 marca 2013 r. lub też inaczej doszło do wskazania terminu, a do dnia zakończenia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający nie otrzymał odwołania pełnomocnictw pełnomocników substytucyjnych. Tym samym ci pełnomocnicy byli prawidłowo umocowani do dokonywania czynności w imieniu i na rzecz reprezentowanego w okresie po 31 marca 2013 r.

Krajowa izba Odwoławcza w swych rozważaniach podniosła odnośnie zarzutów odwołania podniesionych w stosunku do konsorcjum AMG.net, że niesporna jest okoliczność,

że pełnomocnictwo p. Marka Judy z 24 stycznia 2013 r. uprawnia do udzielania dalszych pełnomocnictw, a z uwagi na jednoznaczne sformułowanie w treści dokumentu pełnomocnictwa, iż Jest ważne do dnia 31 marca 2013r." pełnomocnictwo to z upływem wskazanej daty utraciło ważność. Izba podziela stanowisko zamawiającego oraz przystępującego konsorcjum AMG, że udzielenie dalszego pełnomocnictwa jest czynnością prawną dokonaną w imieniu mocodawcy i z bezpośrednim skutkiem prawny dla reprezentowanego, co oznacza powstanie stosunku prawnego pełnomocnictwa między mocodawcą a substytutem. Wynika to m. in. z przepisu art. 107 kodeksu cywilnego wskazującego, że dalszy pełnomocnika jest ustanawiany „dla mocodawcy". Zakres umocowania przy pełnomocnictwie substytucyjnym może być identyczny jak w przypadku pełnomocnictwa głównego lub też może być od niego węższy, nie może być jednak szerszy, niż w pełnomocnictwie głównym, ponieważ pełnomocnik główny nie może przenieść na pełnomocnika substytucyjnego więcej uprawnień niż sam posiada. W ocenie składu orzekającego zakresem pełnomocnictwa jest w rozpatrywanym przypadku także okres obowiązywania pełnomocnictwa. Skoro wolą mocodawcy było, aby po opływie wyznaczonego terminu pełnomocnictwo wygasło uzasadnione jest stwierdzenie, że wola ta jest taka sama w stosunku do dalszych pełnomocników. Zdaniem Izby byt prawny pełnomocnictwa substytucyjnego jest związany z istnieniem podstawowego pełnomocnictwa, o ile nie zachodzą inne okoliczności wskazujące na odmienną wolę mocodawcy w tym zakresie. Wobec powyższego rozstrzygnięcia skład orzekający uznał, że żadna ze wskazanych osób fizycznych nie mogła po dniu 31 marca 2013 roku złożyć w imieniu Konsorcjum AMG ważnego oświadczenia (wyjaśnienia lub uzupełnienia) z powodu braku posiadania odpowiedniego umocowania, a z uwagi na niepowtarzalność czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów konsorcjum AMG powinno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy wobec niewykazania spełniania warunków podmiotowych.

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała zarzuty odwołania za uzasadnione w części, w jakiej znalazło to wyraz w sentencji wyroku.

Od powyższego wyroku skargę wywiedli wykonawcy AMG.net S.A., BULL SAS i BETACOM S.A. (dalej „Konsorcjum AMG" lub „AMG") i w oparciu o art. 198b ust. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póz. 759 z późn. zm.) - zwanej dalej „ustawąPzp" zaskarżyli wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2012 r. w części nakazującej wykluczenie z postępowania_Konsorcjum AMG.

Wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) w zaskarżonej części zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp polegające na niewłaściwym zastosowaniu poprzez przyjęcie, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne zachodziły przesłanki do wykluczenia Konsorcjum AMG pomimo, że wykazało ono spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 106 k.c. polegające na błędnej wykładni tego przepisu poprzez przyjęcie, iż zakres czasowy pełnomocnictwa substytucyjnego jest determinowany okresem obowiązywania pełnomocnictwa głównego;

3. art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 106 k.c. polegające na jego zastosowaniu w nieprawidłowy sposób i przyjęciu, iż wolą mocodawcy udzielającego pełnomocnictwa głównego było ograniczenie czasowe obowiązywania także pełnomocnictw substytucyjnych, podczas gdy takie ograniczenie z treści pełnomocnictwa głównego nie wynikało;

a także z ostrożności:

4. art. 865 §3 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania, pomimo że uzupełnienie wniosku stanowiło czynność nagłą do której upoważniony był każdy z występujących wspólnie w postępowaniu wykonawców tworzących konsorcjum AMG;

5. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania w wyniku błędnej wykładni polegającej na przyjęciu, że nie podlega uzupełnieniu pełnomocnictwo potwierdzające

należyte umocowanie osób, które dokonały uzupełnienia wniosku konsorcjum AMG, w szczególności pełnomocnictwo o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp w związku z jego wygaśnięciem spowodowanym upływem ważności pełnomocnictwa dla osoby reprezentującej członka konsorcjum BULLSAS we Francji.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp skarżący wniósł o zmianę skarżonego wyroku w skarżonej części poprzez uchylenie pkt l.B ust. 2/ sentencji skarżonego orzeczenia i oddalenie odwołania Asseco w podanym zakresie względnie o zmianę pkt l.B ust. 2/ sentencji skarżonego orzeczenia poprzez nakazanie Zamawiającemu wezwania Skarżącego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o stosowne pełnomocnictwo do reprezentowania Konsorcjum AMG w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wniósł też o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zarzutów skargi skarżący podniósł, że myśl przepisu art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Skarżący skorzystał z tego uprawnienia i wystąpił w przedmiotowym postępowaniu jako Konsorcjum AMG. Zgodnie z treścią przepisu ust. 2 wskazanego artykułu w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z powyższego przepisu ustanowiony w sprawie pełnomocnik powinien był być umocowany przez każdego z wykonawców, wchodzącego w skład Konsorcjum do reprezentowania ich. Jak wynika z akt sprawy wykonawca BULL SAS (członek Konsorcjum AMG) udzielił 24.01.2013r. pełnomocnictwa do reprezentowania tej spółki Panu Markowi Judzie, z ograniczeniem czasowym ważności tego umocowania do 31.03.2013 r. Na podstawie upoważnienia do ustanawiania dalszych pełnomocników zawartego w ww. pełnomocnictwie Pan Marek Juda udzielił następnie 20.03.2013 r. spółce AMG.net S.A. (późniejszemu liderowi Konsorcjum AMG) pełnomocnictwa do reprezentowania spółki BULL SAS. Zgodnie z reprezentacją ujawnioną w Krajowym Rejestrze Sądowym osobą uprawnioną do samodzielnej reprezentacji spółki AMG.net pozo staje jako Prezes Zarządu Marek Juda. Działając już jako lider zawiązanego Konsorcjum AMG Pan Marek Juda na potrzeby niniejszego postępowania ustanowił dalszych pełnomocników w osobach: Jolanty Kurcz oraz Michała Wigurskiego i Jakuba Kopyckiego. Zdaniem Skarżącego doszło do pomieszania kwestii zagadnienia pełnomocnictwa uregulowanego w art. 91 k.p.c. z pełnomocnictwem scharakteryzowanym w kodeksie cywilnym. Powołując się na treść art. 106 k.c. Skarżący podniósł, że doktrynie i judykaturze prezentowane jest jednolite stanowisko, że udzielenie dalszego pełnomocnictwa innej osobie jest jednostronną czynnością prawną dokonaną w imieniu mocodawcy i z bezpośrednim skutkiem prawnym dla niego. Powoduje ona powstanie stosunku prawnego pełnomocnictwa między mocodawca a substytutem. Z tego zaś wynika, że choć oświadczenie o ustanowieniu pełnomocnika substytucyjnego pochodzi od pełnomocnika głównego, to jednak z uwagi na fakt, iż pełnomocnik główny działa tu w imieniu i z bezpośrednim skutkiem prawnym na rzecz swego mocodawcy, to nie on lecz mocodawca wraz z substytutem są stronami powstałego w ten sposób nowego stosunku pełnomocnictwa. Tym samym Skarżący wyraził zdecydowany pogląd, iż na gruncie prawa cywilnego materialnego należy, jak się wydaje przyjąć, że wygaśniecie stosunku pełnomocnictwa głównego nie powoduje wygaśnięcia stosunku pełnomocnictwa substytucyjnego. Jednocześnie nie narusza ono interesów mocodawcy przed niechcianą substytucją, trwającą dłużej aniżeli pełnomocnictwo główne, mocodawca może obronić się w ten sposób, że zezwoli w treści pełnomocnictwa na udzielenie substytucji tylko na czas trwania pełnomocnictwa głównego. Skarżący argumentował też, że stosunek zaufania w relacji pełnomocnictwa opiera się na założeniu, iż mocodawca zostaje poinformowany przez pełnomocnika głównego o wszystkich nawiązywanych relacjach prawnych na rzecz i ze skutkami dla mocodawcy. Jeśli zatem substytucja może być udzielana tylko w przypadku wyraźnego upoważnienia do takiej czynności przez mocodawcę (art. 106 k.c.), to należy oczekiwać, iż także w zakresie ograniczenia czasowego jej obowiązywania w treści kompetencji do jej ustanowienia mocodawca (o ile taka jest jego wola) w sposób wyraźny ograniczy czas jej obowiązywania. Niczego takiego pełnomocnictwo z dnia 24.01.2013 r. nie zawiera, a wywiedzenie przez KIO innej woli BULL SAS nastąpiło z naruszeniem zasad

wykładni oświadczeń woli określonych w art. 65 §1 k.c. Nie było żadnych przesłanek, a przynajmniej nie zostały one w najmniejszym stopniu wskazane w skarżonym orzeczeniu, dla interpretacji w myśl której mocodawca nie chciał, aby ewentualny substytut mógł go zastępować dłużej, niż przewidziano to w stosunku do pełnomocnika głównego. Zdaniem Skarżącego było wręcz odwrotnie, skoro pełnomocnictwo było ukierunkowane na czynności związane z ubieganiem się BULL SAS o zamówienia publiczne w Polsce to logicznym jest wniosek, iż rolą pełnomocnika było dbanie o interesy mocodawcy w tym obszarze.

Reasumując Skarżący stwierdził, że błędnie KIO ustaliło, że dalszy pełnomocnik AMG.net S.A., który w imieniu Konsorcjum AMG uzupełniał wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (pismo z dnia 09.05.2013 r. i kolejne) nie był w dacie składania tego oświadczenia skutecznie umocowanym przedstawicielem Konsorcjum AMG i rezultacie bezpodstawnie Izba wywiodła, że zastosowanie powinien znaleźć art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przez co doszło do naruszenia ww. przepisu i niezasadnego wykluczenia Konsorcjum AMG z postępowania.

Ponadto z ostrożności Skarżący podniósł, że należy w jego ocenie rozważyć czy w ogóle do uzupełnienia wniosku o określone oświadczenia lub dokumenty, przez jednego z występujących wspólnie wykonawców, konieczne jest posiadanie odpowiedniego upoważnienia do działania w imieniu pozostałych. Powołując się na powszechnie przyjęty pogląd, że do występujących wspólnie wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne mogą być stosowane przepisy o spółce cywilnej należałoby dojść do wniosku, że na podstawie art. 865 §3 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, uzupełnienie wniosku, jako czynność nagłą której zaniechanie mogłoby narazić spółkę na niepowetowane straty (wykluczenie z przetargu) może podjąć bez uprzedniej uchwały (wiedzy) pozostałych wspólników każdy z nich. W takiej sytuacji pisma z uzupełnieniami dokumentacji należałoby uznać za prawidłowe, niezależnie od treści istniejących pełnomocnictw, co również czyni nakazanie wykluczenia konsorcjum AMG z postępowania bezzasadnym. Niezależnie od powyższych zarzutów z ostrożności Skarżący podniósł też, że nawet gdyby przyznać rację KIO, iż pełnomocnictwo substytucyjne wygasło w momencie utraty ważności pełnomocnictwa głównego, to skutkiem tego ustalenia mogłoby być co najwyżej nakazanie wezwania Konsorcjum AMG do uzupełnienia wniosku w trybie Pzp.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zaprezentowane w niej zarzuty znalazły aprobatę Sądu Okręgowego.

Przede wszystkim nie zasadne okazały się zarzuty naruszenia prawa cywilnego materialnego tj. art. 106 k.c. polegające na błędnej wykładni tego przepisu poprzez przyjęcie, iż zakres czasowy pełnomocnictwa substytucyjnego jest determinowany okresem obowiązywania pełnomocnictwa głównego oraz art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 106 k.c. polegające na jego zastosowaniu w nieprawidłowy sposób i przyjęciu, iż wolą mocodawcy udzielającego pełnomocnictwa głównego było ograniczenie czasowe obowiązywania także pełnomocnictw substytucyjnych, podczas gdy takie ograniczenie z treści pełnomocnictwa głównego nie wynikało. W tym zakresie Sąd Okręgowy podziela stanowisko zaprezentowane przez KIO. W literaturze podkreśla się, że przy ustalaniu istnienia źródła umocowania pełnomocnika niezbędne jest zbadanie, iż wynika ono pośrednio z treści pełnomocnictwa głównego. Analizując tę treść, należy brać pod uwagę reguły interpretacyjne dotyczące oświadczeń woli, zawarte w art. 65 k.c. (M. Pazdan (w:) System Prawa Prywatnego, t. II, s. 495). Należy jednak zachować przy tym szczególną ostrożność, mając przede wszystkim na względzie, że stosunek między mocodawcą a pełnomocnikiem opiera się na zaufaniu mocodawcy do pełnomocnika (por. B. Gawlik (w:) System prawa cywilnego, t. I, s. 783). Na gruncie art. 65 k.c. stosuje się kombinowaną metodę wykładni, opartą na kryteriach subiektywnym i obiektywnym. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami, tj. za wiążący uznaje się taki sens oświadczenia woli, jak rozumiała je zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Decyduje zatem rzeczywista wola stron, tj. kryterium subiektywne, co znajduje uzasadnienie normatywne w treści art. 65 § 2 k.c. W sytuacji, gdy okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, następuje przejście do obiektywnej

fazy wykładni, w której właściwy sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli jak adresat sens oświadczenia woli winien rozumieć przy zastosowaniu starannych zabiegów interpretacyjnych. Na tym etapie przeważa ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli, nad rozumieniem nadawcy, co ma sprzyjać pewności stosunków prawnych, a w konsekwencji pewności obrotu. Mając zatem na uwadze powyższe reguły interpretacyjne oraz okoliczności szczególne tej konkretnej sprawy przesądzić trzeba, że trafnie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, iż do „zakresu pełnomocnictwa" zaliczyć należy w rozpatrywanym tym właśnie konkretnym przypadku także okres obowiązywania pełnomocnictwa. Trudno rzeczywiście wyobrazić sobie sytuację, w której wolą mocodawcy było, aby po upływie wyznaczonego terminu pełnomocnictwo wygasło, natomiast ażeby pozostały w mocy pełnomocnictwa substytucyjne. Należy raczej przyjąć, że wola ta jest taka sama w stosunku do pełnomocnika głównego jak i do dalszych pełnomocników. Reasumując tę część rozważań stwierdzić trzeba, że wskazana w skarżonym orzeczeniu interpretacja, w myśl której mocodawca nie chciał, aby ewentualny substytut mógł go zastępować dłużej, niż przewidziano to w stosunku do pełnomocnika głównego jest prawidłowa.

Sąd Okręgowy nie znalazł też podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 865 § 3 k.c. w zw. z art. 14 ustawy pzp poprzez zaniechanie zastosowania tych przepisów prawa, pomimo, że uzupełnienie wniosku stanowiło czynność nagłą do której upoważniony był każdy z występujących wspólnie w postępowaniu wykonawców tworzących konsorcjum AMG. Po pierwsze wskazać należy, że uzupełnienie na żądanie Zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne w określonym czasie dokumentów nie stanowi „czynności nagłej", o której mowa w omawianym przepisie. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 kwietnia 2001 roku (I CKN 1370/98) wykonywanie "czynności nagłej" w rozumieniu art. 865 § 3 k.c., którą może być zarówno czynność nie przekraczająca zakresu zwykłej czynności spółki jak i zakres ten przekraczająca, nie jest prowadzeniem spraw spółki lecz działaniem zapobiegającym niepowetowanym stratom we wspólnym majątku. Określenie "nagła" (inaczej pilna, nie podlegająca zwłoce) podkreśla związek jej charakteru z czynnikiem czasu. Czynność jest więc nagła, jeżeli z braku wystarczającego czasu, nie można było spowodować podjęcia koniecznej uchwały lub zwrócić się o dokonanie czynności do upoważnionych wspólników". Zatem tryb nagły, o którym mowa w art. 865 § 3 k.c. nie ma miejsca wtedy, gdy istnieje możliwość dokonania czynności z zachowaniem zasad prawidłowej reprezentacji. W stanie faktycznym sprawy niniejszej termin na uzupełnienie dokumentów był wystarczający dla uzyskania prawidłowych pełnomocnictw. Wydaje się, też, że za nagłą nie może być uznana czynność, której w normalnym toku postępowania o zamówienie publiczne wykonawca przynajmniej winien był się spodziewać, to jest czynność uzupełnienia dokumentów na żądanie Zamawiającego. Przewidywalność konieczności dokonania czynności w ocenie Sądu Okręgowego również wyklucza przypisanie cechy „nagłości". Po drugie zdaje się być oczywistym, że argumentacja oparta o zarzut naruszenia art. 865 § 3 k.c., została skonstruowana wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania i skarżący w dacie składania dokumentów nie traktował tej czynności jako nagłą. Tym bardziej, że jak już wyżej wskazano biorąc udział w postępowaniu o zamówienie publiczne winien się przecież z koniecznością składania dokumentów, oświadczeń i dokonywania wszelkich czynności prawnych niezbędnych do udziału w postępowaniu.

Mimo nietrafności zarzutów naruszenia przepisów kodeksu cywilnego trafne okazały się dwa pozostałe zarzuty skonstruowane w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych tj. zarzut art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie zastosowania w wyniku błędnej wykładni polegającej na przyjęciu, że nie podlega uzupełnieniu pełnomocnictwo potwierdzające należyte umocowanie osób, które dokonały uzupełnienia wniosku konsorcjum AMG, w szczególności pełnomocnictwo, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp w związku z jego wygaśnięciem spowodowanym upływem ważności pełnomocnictwa dla osoby reprezentującej członka konsorcjum BULLSAS we Francji i zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp polegające na niewłaściwym zastosowaniu poprzez przyjęcie, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne zachodziły przesłanki do wykluczenia Konsorcjum AMG pomimo, że wykazało ono spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 3 pzp stanowi, że 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. Jak zatem wynika z przytoczonego przepisu prawa, którego analiza umknęła Krajowej Izbie odwoławczej jedną z kategorii uzupełnień, których dokonanie jest dopuszczone na podstawie art. 26 ust. 3 dodaną nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. są pełnomocnictwa. Niezłożenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego powoduje zatem bez wątpienia powstanie po stronie zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy przez do uzupełnienia dokumentu. Zamawiający nie mógł zatem w stanie faktycznym sprawy niniejszej czynności tej zaniechać. Praktyka stosowania omawianego przepisu wyewoluowała w ten sposób, że każdy dokument pełnomocnictwa budzący wątpliwości co do zakresu umocowania lub prawidłowości umocowania pełnomocnika powinien być uzupełniony - czyli poprawiony przez mocodawcę w ten sposób, by umocowanie z niego wynikało. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa", a nie „może wezwać" i obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy celem uzupełnienia pełnomocnictw w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie, tj. w sytuacji niezłożenia pełnomocnictwa lub złożenia pełnomocnictwa wadliwego. Okolicznościami w których zamawiający uprawniony jest do zaniechania stosownego wezwania jest konieczność odrzucenia oferty wykonawcy lub unieważnienia postępowania. W niniejszej sprawie żadna z ww. okoliczności nie wystąpiła. Z przywoływanego przepisu wynika, że jeżeli osoba występująca w imieniu wykonawcy nie złożyła pełnomocnictwa upoważniającego ją do reprezentowania tego wykonawcy, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia takiego pełnomocnictwa w określonym terminie. Dopiero bezskuteczny upływ wyznaczonego terminu może powodować jakiekolwiek negatywne konsekwencje wynikające z niezłożenia pełnomocnictwa. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp jest zatem jasne. Zamawiający winien zatem tę czynność wykonać.

Podzielenie argumentacji skarżącego odnośnie konieczności zastosowania wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie AMG.net SA, Buli SAS, Betacom SA przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp powoduje, że za zasadny należy uznać także zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy pzp polegające na niewłaściwym zastosowaniu poprzez przyjęcie, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne zachodziły przesłanki do wykluczenia Konsorcjum AMG pomimo, że wykazało ono spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Za przedwczesne uznać bowiem należy przesądzenie, że skarżący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko KIO jakoby z powodu braku posiadania odpowiedniego umocowania, a z uwagi na niepowtarzalność czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów konsorcjum AMG powinno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy wobec niewykazania spełniania warunków podmiotowych jest chybione. Warto na koniec przytoczyć orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 listopada 2010 roku (V SA/Wa 1175/10), w którym Sąd ten stwierdza, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego zbiurokratyzowania tego procesu. Stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę. Zdaniem Sądu Okręgowego zobowiązanie wykonawcy do złożenia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp zapewni przeprowadzenie postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i pozwoli na zachowanie zasady traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy uwzględnił skargę na podstawie 198 a ust. 2 pzp w związku z art. 198 f ust. 2 pzp nakazując Zamawiającemu dokonanie czynności niezbędnych do prawidłowego przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne

prowadzone przez Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w trybie przetargu ograniczonego na „Rozbudowę i wdrożenie nowych funkcjonalności oraz utrzymanie i rozwój systemu Elektronicznej Platformy Wymiany Danych (EPWD) oraz budowę Centralnego Rejestru Klientów Zakładu (CRKZ)" (znak postępowania TZ/370/76/12).

Za zgodność

SEKRETAI

SĄDOWY

Anna

,uk