

Sygn. akt: KIO/UZP 417/08

WYROK
z dnia 15 maja 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Barbara Bettman
Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A., Redan S.A., RAWA MODE Sp. z o.o.; 90-215 Łódź, ul. Rewolucji 1905r. 49** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PPUP Poczta Polska, 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26** protestu z dnia 29.04.2008r.

przy udziale **Konsorcjum: Arlen S.A. (Lider Konsorcjum) PPH Krzysztof Miękina, Zakłady Odzieżowe WYBRZEŻE Spółdzielnia Inwalidów, Zakłady Przemysłu Odzieżowego NOWA RUDA Sp. z o.o., KONFEKCJONER Sp. z o.o.; 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A., Redan S.A., RAWA MODE Sp. z o.o.; 90-215 Łódź, ul. Rewolucji 1905r. 49

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A., Redan S.A., RAWA MODE Sp. z o.o.; 90-215 Łódź, ul. Rewolucji 1905r. 49,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Konsorcjum: Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A., Redan S.A., RAWA MODE Sp. z o.o.; 90-215 Łódź, ul. Rewolucji 1905r. 49.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na „Dostawę czapek, kurtek, rękawiczek, spodni dla pracowników Poczty Polskiej”, opublikowanym w dniu 19.02.2008r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 34-047460, Zamawiający pismem CI/DZ/393/8/744/2008, doręczonym faksem w dniu 23.04.2008r. oraz za pośrednictwem poczty w dniu 25.04.2008r., poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp z powodu nie załączenia do oferty pełnomocnictwa REDAN S.A. do złożenia oferty przez Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A., zgodnie z postanowieniami pkt. 5.3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ).

W dniu 29.04.2008r., pismem z tego samego dnia, Odwołujący złożył protest na następującą czynność i zaniechania Zamawiającego:

1. odrzucenie oferty Odwołującego i zaniechanie uprzedniego wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa REDAN S.A. do złożenia oferty,
2. niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego,
3. zaniechanie uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. **art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1,**
2. **art. 91 ust. 1,**
3. **art. 89 ust. 2.**

Odwołujący stwierdził, że jego interes prawny przejawia się w tym, że Odwołujący, będąc uczestnikiem postępowania, ma interes prawny, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp, a także, aby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a także jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W ocenie Odwołującego zarzut Zamawiającego nie dotyczy okoliczności wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8, pomimo wskazania tego przepisu w uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty, ale dotyczy braku pełnomocnictwa do złożenia oferty, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa. Zwrócił także uwagę, że w pkt 5.3.2 SIWZ, w którym jest mowa o pełnomocnictwie, zamieszczony jest w części SIWZ określającej warunki udziału w postępowaniu.

Na poparcie swojego stanowiska o możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa, rozumianego jako dokument potwierdzający warunek udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący przywołał orzeczenia Zespołów Arbitrów o sygnaturach akt: UZP/ZO/0-3061/06, UZP/ZO/)-997/07, UZP/ZO/0-1665/05, UZP/ZO/0-1782/04.

Odwołujący stwierdził także, że przepisy kodeksu cywilnego nie stawiają wymogu udzielenia pełnomocnictwa w formie pisemnej pod rygorem nieważności oraz, że niezależnie od tego REDAN S.A. udzieliło Towarzystwu Akcyjnemu Telimena S.A. pełnomocnictwa również do złożenia oferty i to przed terminem zakreślonym w SIWZ do jej złożenia, załączając jako dowód umowę konsorcjum z dnia 29.02.2008r.

Odwołujący w konkluzji wskazał, że jego oferta nie powinna zostać odrzucona, ale, że powinna zostać zastosowana procedura określona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dopiero wówczas Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł ponadto, że pismo Zamawiającego CI/DZ/393/8/744/2008 nie zawiera uzasadnienia prawnego, ale ogranicza się do powołania podstawy prawnej, co narusza art. 89 ust. 2 ustawy Pzp.

W terminie ustawowym, pismem CI/DZ/393/8/792/2008 z dnia 30.04.2008r., które doręczono Odwołującemu w tym samym dniu, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, że pełnomocnictwo nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przywołał orzeczenia Zespołów Arbitrów o sygnaturach akt: UZP/ZO/0-2972/08, UZP/ZO/0-2477/06.

Zamawiający wskazał także, że dokument, który zobowiązani byli złożyć wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zamawiający opisał w pkt. 5.3.2 pod nazwą „Inne dokumenty załączone do oferty”, co oznacza, że Zamawiający nie określił, że pełnomocnictwo jest dokumentem potwierdzającym warunki udziału w postępowaniu.

Podniósł ponadto, że nie wymagał, aby na etapie składania ofert wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia załączali umowę konsorcjum.

Zamawiający podał, że do oferty złożonej przez konsorcjum nie zostało załączone pełnomocnictwo udzielone Towarzystwu Akcyjnemu Telimena S.A. przez RADAN S.A. do złożenia oferty, co było podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp. Na potwierdzenie swojego stanowiska, że brak pełnomocnictwa stanowi także podstawę odrzucenia oferty zamawiający przywołał orzeczenia Zespołu Arbitrów o sygnaturze akt UZP/ZO/0-193/07.

W dniu 05.05.2008r., z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą uprzednio w proteście oraz zarzucając Zamawiającemu dodatkowo naruszenie art. 23 w związku z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że pełnomocnictwo nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołania Odwołujący podniósł, że nawet gdyby przyjąć, że pełnomocnictwo nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tylko „innym dokumentem”, to nie złożenie tych innych dokumentów nie może być podstawą wykluczenia z postępowania, a tym samym odrzucenia oferty.

W ocenie Odwołującego uzupełnienie pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest możliwe, jeżeli wykonawca posiadał taki dokument na dzień składania ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dodatkowo także naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania uczestników postępowania oraz nie zapewnienie bezstronności i obiektywizmu osób przeprowadzających przetarg i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób ograniczający wolną konkurencję.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie ma zastosowanie przepis art. 103 w związku z art. 104 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
4. nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
5. dopuszczenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadków: Tadeusza W. i Bogusza K. na okoliczność terminu, treści, sposobu i rodzaju udzielonego przez konsorcjantów pełnomocnictwa.

W dniu 12.05.2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło konsorcjum, którego liderem jest ARLEN S.A., zwane dalej konsorcjum Arlen (pismo z dnia 12.05.2008r. – wpływ bezpośredni do UZP w tej samej dacie).

Interes prawny przystępującego polega na tym, iż oferta tego konsorcjum została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Ewentualne uwzględnienie odwołania może pozbawić konsorcjum możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu przystąpienia konsorcjum Arlen podniosło, że odrzucenie oferty Odwołującego było obowiązkiem Zamawiającego w świetle dyspozycji art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz konsekwencją zastosowania dyspozycji tego artykułu w związku z art. 23 ustawy Pzp oraz art. 99 i 104 Kodeksu cywilnego.

Konsorcjum Arlen wskazało, że literalna wykładnia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający jest obowiązany do wezwania do uzupełnienia jedynie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a wykładni językowej czy systemowej, wobec jasnych i precyzyjnych ustaleń wykładni językowej, nie ma potrzeby stosować. Wskazał, że tylko dokumenty określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605) mogą być uzupełniane.

Konsorcjum Arlen podniosło także, że art. 89 ust. 1 pkt 8 przewiduje konieczność odrzucenia oferty, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. w przedmiotowym wypadku, Kodeksu cywilnego oraz wskazało, że zgodnie z treścią

art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego „jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności”. Złożenie oferty jest w myśli art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego jednostronną czynnością prawną, a przepisem, który zastrzega dla oferty jako czynności prawnej pisemną formę ad solemnitatem jest art. 82 ust. 2 ustawy Pzp: „ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej” Oferta Odwołującego jest nieważna z uwagi na treść art. 104 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym: „jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Czynność złożenia oferty przez Odwołującego jest nieważna, ponieważ lider konsorcjum – Telimena S.A. składając ofertę działał bez umocowania jednego z konsorcjantów, tj. REDAN S.A., gdyż wnosząc ofertę nie przedłożył jednocześnie z ofertą dokumentu pełnomocnictwa, którego treść upoważniałaby go do złożenia oferty w imieniu REDAN S.A. Obowiązek przedłożenia wraz z ofertą pełnomocnictwa wynika z art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi: „jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie”. Oznacza to, że pełnomocnictwo udzielone przez firmę REDAN S.A. pełnomocnikowi konsorcjum do złożenia w jego imieniu oferty mogło być udzielone tylko w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Nie doszło zatem do skutecznego złożenia oferty, w myśl przepisów prawa cywilnego i prawa zamówień publicznych,

W ocenie konsorcjum Arlen obowiązek odrzucenia oferty konsorcjum Telimena S.A. wynika także z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż została złożona przez innego wykonawcę niż zaproszony do składania ofert.

Przystępujący podniósł, że bez znaczenia jest, czy istniało jakiegokolwiek pełnomocnictwo, ponieważ w przedmiotowym stanie faktycznym nie znajduje zastosowania nie tylko art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale również art. 104 zdania drugie Kodeksu cywilnego. Po pierwsze dlatego, że, jak wynika z czynności Zamawiającego, nie zgodził się on na działanie bez umocowania odrzucając ofertę. Ponadto przepis art. 104 zdanie drugie w ogóle nie może znaleźć zastosowania na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych. Byłoby to sprzeczne z naturą stosunku prawnego powstającego między zamawiającym a wykonawcami, zasadą formalizmu w zamówieniach publicznych, zasadą pisemności oraz przepisem art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, który zastrzega dla pełnomocnictw z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp sankcję nieważności bezwzględnej, nie zaś sankcję bezskuteczności zawieszanej.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Przystępujący przywołał Zespołów Arbitrów o sygnaturach akt: UZP/ZO/0-2083/06, UZP/ZO/0-679/07, UZP/ZO/0-1089/05, UZP/ZO/0-634/07, UZP/ZO/0-63/07.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przyjmując więc, iż zarzuty podniesione przez niego są zasadne, miałyby możliwość, w świetle jedyne go kryterium oceny ofert, tj. ceny, na uzyskanie tego zamówienia.

We Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonym przez Konsorcjum w składzie: Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A., REDAN S.A. i RAWA MODE Sp. z o.o., zwanego dalej również konsorcjum Telimena, znajdują się dwa pełnomocnictwa:

1. Pełnomocnictwo z dnia 29.02.2008r., udzielone przez Prezesa Zarządu REDAN S.A. Pana Piotra K. dla Towarzystwa Akcyjnego Telimena S.A., do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dostawę czapek, kurtek, rękawiczek, spodni dla pracowników Poczty Polskiej część I.
2. Pełnomocnictwo z dnia 29.02.2008r., udzielone przez Prezesa Zarządu RAWA MODE Sp. z o.o. Pana Lechosława K. oraz Wiceprezesa Zarządu RAWA MODE Sp. z o.o. Pana Stanisława J. dla Towarzystwa Akcyjnego Telimena S.A., do reprezentowania RAWA MODE Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr sprawy CI/DZ-393/8/08, prowadzonym przez ppup „Poczta Polska”, do złożenia oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w tym postępowaniu oraz do odbioru wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego i dokonywania wszelkich innych czynności prawnych i faktycznych niezbędnych dla należytego wykonania zamówienia, w tym także do wnoszenia protestów, odwołań i skarg.

Zgodnie z Rozdziałem II Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ, „Informacje dotyczące sposobu przygotowania oferty i oceny składanych ofert” w pkt 5.3.2, wśród dokumentów, które musi zawierać oferta Zamawiający zażądał, w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,

pełnomocnictwa do reprezentowania ich w postępowaniu o zamówienie publiczne albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy o zamówienie publiczne, o ile pełnomocnictwo takie nie zostało złożone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z powyższych ustaleń wynika, wobec(w sposób ograniczający uczciwą konkurencje złożenia przez Odwołującego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pełnomocnictwa, które upoważniało Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A. do złożenia oferty w imieniu RAWA MODE Sp. z o.o., że do oferty konsorcjum winno załączyć pełnomocnictwo, które by upoważniało Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A. do złożenia oferty również w imieniu REDAN S.A.

Do oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A., REDAN S.A. i RAWA MODE Sp. z o.o. załączono pełnomocnictwo z dnia 17.04.2008r., udzielone przez Prezesa Zarządu RAWA MODE Sp. z o.o. Pana Lechosława K. oraz Wiceprezesa Zarządu RAWA MODE Sp. z o.o. Pana Izydora K. dla Towarzystwa Akcyjnego Telimena S.A., z zakresem upoważnienia jak w pełnomocnictwie z dnia 29.02.2008r.

Skład orzekający Izby podzielił argumentację Zamawiającego i Przystępującego, odnoszącą się do niedopuszczalności uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Pełnomocnictwo nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, czyli dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czy tym bardziej dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczyć mogą:

1. uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania,
2. niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
3. potencjału technicznego, jakim dysponuje wykonawca i osób zdolnych do wykonania zamówienia,
4. sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy

a ich spełnienie może być wykazywane poprzez dokumenty wymienione w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane.

Wśród dokumentów tego Rozporządzenia nie wskazano dokumentu pełnomocnictwa, co jest prostą konsekwencją tego, że pełnomocnictwo nie jest dokumentem, który może służyć potwierdzeniu spełnienia jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu: nie potwierdza uprawnień do wykonywania działalności lub czynności, w szczególności nie jest zezwoleniem lub koncesją, nie potwierdza wiedzy i doświadczenia wykonawcy, jego potencjału technicznego i osobowego, czy wreszcie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Jak słusznie wskazał Przystępujący w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, złożenie oferty jest jednostronną czynnością prawną, a przepisem, który zastrzega dla oferty jako czynności prawnej pisemną formę ad solemnitatem jest art. 82 ust. 2 ustawy Pzp.

Z art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego z kolei wynika, że w takim przypadku, tj. gdy dla oferty zastrzeżona jest forma pisemna, również pełnomocnictwo do złożenia oferty winno być udzielone w formie pisemnej. Sam obowiązek złożenia wraz z ofertą pełnomocnictwa wynikał z postanowień Rozdziału II pkt 5.3.2 SIWZ.

Biorąc pod uwagę, że konsorcjum Telimena, wnosząc ofertę, nie przedłożyło jednocześnie z ofertą dokumentu pełnomocnictwa, którego treść upoważniałaby lidera konsorcjum – Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A do złożenia oferty w imieniu REDAN S.A. oraz z uwagi na treść art. 104 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego: „Jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna” w przedmiotowej sprawie lider konsorcjum – Telimena S.A. złożył ofertę bez umocowania jednego z konsorcjantów, tj. REDAN S.A.

Przyjmując nawet, że w przedmiotowym stanie faktycznym możliwe byłoby zastosowanie art. 104 § 2 zdanie drugie Kodeksu cywilnego, to na przeszkodzie temu stoi wola Zamawiającego, wyrażona poprzez czynność odrzucenia oferty Odwołującego, a więc oznaczająca brak zgody na działanie Towarzystwa Akcyjnego Telimena S.A. bez umocowania.

Skoro, jak wskazano powyżej, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uprawnia, a jednocześnie obliguje Zamawiającego do uzupełniania jedynie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to wobec faktu, że pełnomocnictwo dokumentem takim nie jest, a także wobec powyżej wskazanych regulacji Kodeksu cywilnego, Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Tym samym skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym brak jednak było podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum Telimena na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp. Skoro oferta tego konsorcjum jest nieważna, to dokumenty, jakie zostały przez to konsorcjum złożone, nie stanowią treści oferty, zatem nie można porównywać ich do treści SIWZ, a tym samym nie może w ogóle dojść do ich oceny pod kątem zgodności lub nie z treścią SIWZ. W konsekwencji nie jest możliwe zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Działanie Zamawiającego, polegające na niepotrzebnym de facto przywołaniu jako podstawy prawnej art. 89 ust. 1 pkt 2 obok art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na status Odwołującego i jego oferty w postępowaniu.

Wobec uznania zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby pozostawił bez rozpatrzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ obecne brzmienie ustawy, która ma zastosowanie do niniejszego postępowania, w ogóle nie zawiera ustępu drugiego.

Skład orzekający Izby pozostawił także bez rozpatrzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 23 w związku z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3, art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ zarzuty te zostały podniesione przez Odwołującego dopiero w odwołaniu, a zatem, w tym zakresie, odwołanie nie zostało poprzedzone protestem, co w świetle art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp uniemożliwia składowi orzekającemu Izby ich rozpoznanie.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. 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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....