

Sygn. akt KIO/UZP 298/09

WYROK
z dnia 20 marca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**
Sylwester Kuchnio

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AGORA S.A. z siedzibą w Warszawie - Oddział w Krakowie, ul, Szewska 5, 31 - 009 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miejską Kraków, Urząd Miasta Krakowa, Oddział Zamówień Publicznych, pl. Wszystkich Świętych 3 - 4, 31 - 004 Kraków** protestu z dnia 18 lutego 2009 r.

przy udziale **Wydawnictwa Jagiellonia S.A., ul. Wielopole 1, 31 - 072 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **AGORA S.A. z siedzibą w Warszawie - Oddział w Krakowie, ul., Szewska 5, 31 - 009 Kraków**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **AGORA S.A. z siedzibą w Warszawie - Oddział w Krakowie, ul. Szewska 5, 31 - 009 Kraków**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 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 **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AGORA S.A. z siedzibą w Warszawie - Oddział w Krakowie, ul. Szewska 5, 31 - 009 Kraków.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług wydawania, składu, druku i dystrybucji w 2009 roku kolumny ogłoszeniowej Krakowskiego Magistratu PN. „Tygodnik Grodzki w lokalnym dodatku ukazującym się na terenie miasta Krakowa i województwa małopolskiego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, wykonawca - Agora S.A., zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył protest na:

1. czynność wykluczenia protestującego z postępowania,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Wydawnictwa Jagiellonia S.A. pomimo braku spełniania przez nią warunków zakreślonych przez SWIZ,
3. czynność oceny ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty.

Wniósł o powtórzenie oprotestowanych czynności, a w szczególności powtórzenie czynności wyboru oferty, odrzucenie oferty Wydawnictwa Jagiellonia S.A. albo unieważnienie postępowania ze względu na fakt, że żadna z ofert nie spełnia warunków wskazanych w SWIZ.

Zamawiającemu - Gminie Miejskiej Kraków, protestujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie tj. zastosowanie go w sytuacji, gdy nie wystąpiły przesłanki jego stosowania,
2. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie

odrzućenia oferty Wydawnictwa Jagiellonia S. A.

3. jako zarzut ewentualny - naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

W uzasadnieniu protestu protestujący podał, w przedmiotowym postępowaniu złożono 2 oferty, zaś zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując, iż dokumenty złożone na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.1 oraz 5.2 SIWZ zawierają błędy, tj. zostały podpisane przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania wykonawcy oraz, że tym samym wszystkie dokumenty złożone w ofercie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały podpisane przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania wykonawcy.

W ocenie protestującego zarzut jest całkowicie chybiony, bo choć wykonawca faktycznie złożył jedno z pełnomocnictw w formie kopii, podczas gdy SIWZ wymagał oryginału lub kopii notarialnie poświadczonej, to fakt ten nie uprawnia do stwierdzania, że Janusz K. nie jest uprawniony do reprezentacji wykonawcy. Protestujący w treści protestu potwierdził, że Janusz K. jest uprawniony do jego reprezentacji w przedmiotowym postępowaniu, a wszystkie dokonane przez niego czynności są ważne i skuteczne. Ponadto załączył do protestu pełnomocnictwo w oryginale.

Podniósł także, że nietrafnie zamawiający wskazał, że pełnomocnictwo zawiera błąd, ponieważ jest ono jak najbardziej poprawne i wystawione przez osobę upoważnioną do jednoosobowej reprezentacji wykonawcy, a co najwyżej można stwierdzić, że nie przedłożono go w formie oryginału lub poświadczonej za zgodność kopii. Jednak stwierdził, powołując się na powszechny pogląd, że niezgodna z SIWZ forma pełnomocnictwa nie stanowi nawet wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie wspominając już o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2008 roku (KIO/UZP/478/08), w którym stwierdzono, że: „Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami SIWZ. Zamawiający nie zanegował istnienia pełnomocnictwa, jego zakresu, sposobu jego podpisania. Zanegował formę dokonania jego tłumaczenia, która nie może stanowić podstawy do zastosowania art.89 ust 1 pkt 2 ustawy p.z.p. ”.

Podniósł, że zamawiający nie kwestionował istnienia i zakresu pełnomocnictwa, a jego zastrzeżenia dotyczyły jedynie formy pełnomocnictwa, a dodatkowo naruszył przepis art. 98 i 99 Kodeksu cywilnego, które nie zastrzegają dla pełnomocnictwa szczególnego nawet formy pisemnej. Wskazał, że nawet gdyby przyjąć rozumowanie zamawiającego za poprawne, to w grę wchodzić mogłoby co najwyżej odrzucenie oferty na podstawie

art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosnie oferty konkurencyjnej, protestujący stwierdził, że nie zawiera ona wskazania, w jakim tytule prasowym będzie się ukazywał Tygodnik Grodzki - w pkt. 5 formularza oferty, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, Wydawnictwa Jagiellonia widnieje nie wypełniona pozycja, co w ocenie protestującego oznacza, że oferent ten nie podał podstawowych, a wymaganych przez SIWZ informacji, co przesądza o niezgodności treści tej oferty z szeregiem postanowień SIWZ, a w szczególności z art. 6.1 i 6.2.3.

Dodatkowo protestujący wskazał, że stosownie do art. 6.4.1. SIWZ dokumenty dołączone do oferty muszą być przedstawione w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy na każdej stronie poświadczanego dokumentu z zastrzeżeniem, że pełnomocnictwo może być przedłożone wyłącznie w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez notariusza, zaś Wydawnictwo Jagiellonia S.A. przedłożyło odpis z KRS z formie kopii poświadczonej za zgodność przez radcę prawnego dr Michała W., który jak wynika z akt postępowania nie posiada pełnomocnictwa do reprezentowania Wydawnictwa Jagiellonia S.A. w tym postępowaniu. Doprecyzował, że na odpisie tym widnieją wprowadzone podpisy prokurentów spółki, ale nie widnieje przy tym adnotacja, że są one składane w formie oświadczenia zgodności dokumentu z oryginałem, ani nie jest do końca jasne czy radca prawny M. W., poświadczał kopię czy oryginał dokumentu i czy prokurenci złożyli podpisy na kopii poświadczonej przez M. W., czy też na oryginale dokumentu, na którym następnie złożył podpis w/w radca prawny.

Zamawiający protest rozstrzygnął, poprzez jego oddalenie (literalnie zamawiający wskazał, że protest odrzuca).

Odnosnie zarzutu niezasadnego wykluczenia protestującego z udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenia jego oferty zamawiający wskazał, że brak prawidłowego dokumentu pełnomocnictwa stanowi nie tylko brak co do formy tego dokumentu, ale przede wszystkim brak w umocowaniu do podejmowania czynności w imieniu wykonawcy, ponieważ treścią pełnomocnictwa jest oświadczenie woli mocodawcy upoważniające ściśle określoną osobę lub osoby do dokonywania w jego imieniu czynności prawnych określonych w pełnomocnictwie. Na podstawie tego umocowania pełnomocnik jest upoważniony do reprezentowania (zastępstwa) mocodawcy, w zakresie określonym w pełnomocnictwie, w stosunkach prawnych z innymi podmiotami prawa. Istota pełnomocnictwa polega więc na działaniu w cudzym imieniu. Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia, złożenie oferty oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest

oświadczeniem woli wymagającym działania osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawcy wyrażającego się złożeniem podpisu przez tę osobę. Dokumenty składające się na ofertę protestującego zostały natomiast podpisane przez osobę, która nie wykazała w sposób należyty swojego umocowania. Zamawiający podniósł także, że protestujący miał także możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego jednak nie uczynił.

Odnosząc się do wyroku KIO, przywołanego przez protestującego w treści protestu, zamawiający stwierdził, że nie odnosi się on do stanu faktycznego, jaki ma miejsce w niniejszym postępowaniu, ponieważ dotyczy formy tłumaczenia pełnomocnictwa, która może w pewnych okolicznościach nie mieć znaczenia prawnego, o ile jednak sam fakt udzielenia pełnomocnictwa jest potwierdzony oryginalnym lub prawidłowo potwierdzonym dokumentem.

Zamawiający wskazał nadto, że zgodnie z art. 78 § 1 K.c. - "Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany.", wywodząc, iż skoro do zachowania formy pisemnej wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu, zaś do zawarcia umowy w formie pisemnej - wymiana dokumentów własnoręcznie podpisanych przez strony, to należy stwierdzić, że dokumenty dostarczone przez protestującego nie spełniają tego wymogu - są bowiem kopią pełnomocnictwa. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 grudnia 2006 r. (sygn. akt I ACa 1589/06), w którym Sąd wyraził pogląd, iż „podpis na dokumencie przesłanym faksem nie spełnia wymogu podpisu własnoręcznego, ponieważ dokument taki jest tylko kopią. Nie jest zatem prawidłową formą pisemną czynności prawnej wymiana dokumentów za pomocą faksów”.

Oдноśnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wydawnictwa Jagiellonia S.A. zamawiający potwierdził, że komisja przetargowa nie dostrzegła braku wskazania przez tego wykonawcę tytułu prasowego, jednak zamawiający uznał za oczywiste, że Wydawnictwo Jagiellonia nie dysponuje innym tytułem prasowym dziennika niż "Dziennik Polski". Zamawiający ocenił, że informacja taka jest oczywista także dla każdego kto jej poszukuje choćby przez wyszukiwarki internetowe. Dodał, że poza innymi oświadczeniami zawartymi w Formularzu Oferty, wykonawca - Wydawnictwo Jagiellonia oświadczyło, że w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą zobowiązane będzie do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach przedstawionych w ofercie oraz dołączonym do specyfikacji wzorze umowy, tj. do publikacji kolumny ogłoszeniowej w wydawanym przez siebie dzienniku.

Zamawiający odwołał się do rozumienia oczywistej omyłki pisarskiej i stwierdził, że oferta

Wydawnictwa Jagiellonia S.A. podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wydawnictwa Jagiellonia S.A. z powodu nieprawidłowego potwierdzenia odpisu KRS „za zgodność z oryginałem”, zamawiający wskazał, że Wydawnictwo to przedłożyło kserokopię odpisu, potwierdzoną „za zgodność z oryginałem” przez dwóch prokurentów oraz dodatkowo radcę prawnego. Dla zamawiającego istotnym było przede wszystkim, iż obok adnotacji "za zgodność z oryginałem" i podpisu radcy prawnego widnieją obok oryginalne podpisy obu prokurentów, tj. osób upoważnionych do reprezentowania wykonawcy. Zamawiający za bezprzedmiotowe uznał rozważania protestującego, iż "nie jest również do końca jasne, czy radca prawny M. W. poświadczał kopię czy oryginał dokumentu i czy prokurenci złożyli podpisy na kopii poświadczonej przez radcę prawnego M. W. czy też na oryginale dokumentu, na którym następnie złożył podpis w/w radca prawny. Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie dokumentów złożonych w określonym czasie ocenia, w pierwszej kolejności, czy wykonawca jest prawidłowo reprezentowany, a następnie czy spełnia (na dzień składania ofert) warunki udziału w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający podniósł, że nie ma uprawnień, ani tym bardziej obowiązku, aby sprawdzać kolejność składania podpisów i wykonywania adnotacji na dokumentach, lecz analizuje złożone dokumenty w całości. W przypadku zaś oferty Wydawnictwa Jagiellonia zamawiający nie ma wątpliwości, że wykonawca złożył kserokopię odpisu z KRS, potwierdzoną „za zgodność z oryginałem” przez dwóch prokurentów oraz radcę prawnego. Gdyby nasunęły mu się w tej kwestii jakiegokolwiek wątpliwości, zobowiązany byłby do wezwania wykonawcy - tak jak protestującego - do uzupełnienia dokumentu lub złożenia wyjaśnień w tym samym trybie.

Odnośnie zarzutu zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający uznał, że brak jest podstaw do podjęcia takiej czynności, ponieważ oferta wykonawcy Wydawnictwo Jagiellonia S.A. jest poprawna pod kątem formalno - prawnym i merytorycznym.

W odwołaniu odwołujący dodatkowo wskazał na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Poza tym podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście. Wskazał też, że zbyt daleko idące ze strony zamawiającego jest uznanie, iż dla wszystkich uczestników postępowania jest oczywistym, że Wydawnictwo Jagiellonia nie dysponuje innym tytułem prasowym, ponieważ jest to jedynie subiektywne odczucie zamawiającego, natomiast postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno cechować się obiektywizmem.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu (BZP 31956-2009 z dnia 30.01.2009r.), treści SIWZ, Protokołu postępowania (druk ZP - 1) wraz załącznikami ZP-12 i ZP-22, oferty odwołującego oraz jej uzupełnienia, oferty przystępującego, stanowisk i oświadczeń stron i przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniach, a także oświadczeń stron przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosnie interesu prawnego odwołującego, skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu niezasadnego odrzucenia jego oferty, w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą pod względem ceny (cena oferty odwołującego - 1 647 zł za publikację jednej kolumny czarno - białej, cena drugiej z ofert złożonych w tym postępowaniu - 1 830 zł) stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert (zgodnie z pkt. 18 SIWZ), oznaczałoby dla niego szansę na uzyskania niniejszego zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił także następujące, istotne dla rozstrzygnięcia sporu, fakty:

1. Zamawiający zawarł w pkt. 6 ppkt 6.2.4. SIWZ wymóg złożenia w ofercie: „Pełnomocnictwo - do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu albo do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu i zawarcia umowy, jeżeli osoba reprezentująca Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie jest wskazana jako upoważniona do jego reprezentacji we właściwym rejestrze lub ewidencji działalności gospodarczej”. Zgodnie zaś z ppkt. 6.4.1. zamawiający zażądał: „Wszystkie dokumenty muszą być przedstawione w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy na każdej zapisanej stronie poświadczonego dokumentu, z zastrzeżeniem, że pełnomocnictwo może być przedłożone wyłącznie w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez notariusza”.
2. Zamawiający, pismem z dnia 10.02.2009., doręczonym w tym samym dniu faksem, wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa, ponieważ „Załączone do oferty pełnomocnictwo udzielone przez Pana Zbigniewa B. Panu Markowi T. stanowi zeskanowany oryginał, potwierdzony następnie za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego - Pana Marka S.”.
3. W wyznaczonym terminie odwołujący nie złożył oryginału w/w pełnomocnictwa, ale ponownie złożył jego kopię, potwierdzoną przez radcę prawnego - Pana Marka S.”.

4. Wartość szacunkowa zamówienia została przez zamawiającego ustalona w wysokości 136 884,29 zł, co stanowi 35 305,84 euro (pkt 2 protokołu postępowania - druk ZP-1). Ogłoszenia o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30.01.2009r. pod poz. 31965. Żaden z wykonawców nie kwestionował prawidłowości dokonanego przez zamawiającego oszacowania wartości zamówienia, o czym świadczy druk ZP-22.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezsporny między stronami jest, wynikający z postanowień ppkt 6.2.4. i 6.4.1. SIWZ, obowiązek złożenia przez odwołującego w ofercie oryginału pełnomocnictwa lub notarialnie poświadczonej kopii dla Marka T., który podpisał pełnomocnictwo dla Janusza K., który podpisał ofertę spółki Agora.

Wymóg ten nie został zakwestionowany przez żadnego z wykonawców na etapie przed złożeniem oferty, a zatem wiąże tak wykonawców, jak i zamawiającego.

Bezspornym także między stronami jest fakt, że odwołujący złożył w ofercie pełnomocnictwo dla Marka T. w formie kopii poświadczonej przez radcę prawnego Marka S. i nie uzupełnił tego dokumentu na wezwanie zamawiającego, a także fakt, że Janusz K. nie był uprawniony do reprezentacji odwołującego na podstawie załączonego do oferty odpisu KRS.

Spór dotyczy konsekwencji niezłożenia oryginału pełnomocnictwa w ofercie i jego nie uzupełnienia na wezwanie zamawiającego.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie regulują materialnoprawnych kwestii pełnomocnictw. Ustawa ta w art. 23 ust. 2 odnosi się jedynie do obowiązku ustanowienia pełnomocnika przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz w art. 26 ust. 3 do uzupełnienia brakujących lub wadliwych pełnomocnictw.

Zgodnie z przepisem art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez wykonawców i zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a zatem poza wskazanym powyżej zakresem regulacji ustawy Pzp, stosować należy przepisy kodeksu cywilnego. Wobec powyższego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego strony posługują się pełnomocnictwem materialnoprawnym, udzielonym na podstawie art. 98 i następných kodeksu cywilnego.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że obowiązkiem odwołującego było, aby osoba, która podpisała ofertę działała na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej, a także, że obowiązkiem odwołującego było złożenie w ofercie oryginałów (ewentualnie poświadczonych notarialnie kopii) pełnomocnictw, niezależnie od faktu, że udzielenie pełnomocnictwa nastąpiło w formie pisemnej.

Biorąc bowiem pod uwagę przepis art. 99 k.c. oraz przepis art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, przewidujący dla oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, stwierdzić należy, że również pełnomocnictwo do podpisania oferty winno być udzielone w formie pisemnej. Z zachowaniem zaś formy pisemnej, jak słusznie wskazywał zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, mamy do czynienia, zgodnie z art. 78 § 1 k.c., wówczas, gdy na dokumencie obejmującym treść oświadczenia (tu: na pełnomocnictwie dla Pana Marka T.) znajduje się własnoręczny podpis osoby składającej to oświadczenie (tu: osoby umocowanej do działania w imieniu odwołującego, którą, zgodnie z odpisem KRS jest każdy członek zarządu jednoosobowo). Zamawiający winien mieć możliwość weryfikacji pełnomocnictwa, na podstawie którego działa osoba podpisując ofertę, co wyraźnie zastrzegł w SIWZ, żądając złożenia pełnomocnictwa w oryginale. Skład orzekający Izby w pełni podziela pogląd, iż: „Wykonawca reprezentowany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez pełnomocnika ma obowiązek złożyć wraz z ofertą stosowny dokument pełnomocnictwa. Jest to konsekwencją zasady jawności pełnomocnictwa. Jawność ta oznacza, że osoby trzecie mają uzasadnioną podstawę do zaufania, że dana osoba działa jako przedstawiciel innej osoby, i do żądania zapoznania się z zakresem jej umocowania. Wynika z tego zobowiązanie przedstawiciela do okazania kontrahentowi dokumentu upoważniającego go do zastępowania reprezentowanego” (s.462 Prawo zamówień publicznych. Komentarz. G. Wicik, P. Wiśniewski. Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2007).

Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) wprowadziła, sporną do tej pory, możliwość uzupełniania przez wykonawców pełnomocnictw. Uzupełnienie pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegać może bądź na złożeniu pełnomocnictwa, którego w ofercie w ogóle nie było, bądź na złożeniu pełnomocnictwa, które wprawdzie było, ale obarczone było jakimiś wadami, np. co do formy, jak w rozpoznawanej sprawie.

Uznać zatem należy, że złożenie w ofercie odwołującego pełnomocnictwa dla Pana Marka T. w formie kopii nie spełnia wymagań zasady jawności pełnomocnictwa, jak i postanowień SIWZ. Fakt, że odwołujący nie uzupełnił tego braku na wezwanie zamawiającego przesądza o zasadności odrzucenia oferty odwołującego. Jest to obowiązek zamawiającego, który badając ofertę winien dokonać jej analizy pod kątem wszystkich przesłanek jej odrzucenia, o którym stanowi art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby prawidłową podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego stanowi art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, nie zaś, jak wskazał zamawiający, art. 24 ust. 4, jako konsekwencja art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Niezależnie jednak od powyższego, skład orzekający Izby stwierdza, że zakresem protestu i odwołania została objęta czynność wyeliminowania oferty odwołującego, zatem w istocie rozpoznaniu podlega zarzut bezpodstawnego odrzucenia tej oferty i to bez względu na to, czy podstawa prawna tej czynności została podana przez zamawiającego prawidłowo, a jak wskazano wyżej zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego. Wskazanie przez zamawiającego błędnej podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego, choć stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, to naruszenie to uznać należy jako nie mające wpływu na wynik przedmiotowego postępowania, co w myśl art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, nie pozwala składowi odwołującemu Izby na uwzględnienie odwołania.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wydawnictwo Jagiellonia S.A. skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość oferty konkurencyjnej, złożonej w postępowaniu na usługi, prowadzonym przez Gminę Miejską Kraków, w którym wartość zamówienia stanowi równowartość 35 305,84 euro, a zatem jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. mniejsza niż odpowiednio dla wskazanego zamawiającego 206 000 euro (§ 1 pkt 2) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007r. w sprawie wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich).

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 8) ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp. Ten ostatni zaś w ogóle nie odnosi się do zaniechań, a wyłącznie do czynności podejmowanych przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę fakt, że ustawodawca wyraźnie w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odróżnia czynności zamawiającego od zaniechań mogących być podstawą protestu, to uznać należy, że w postępowaniach o tzw. wartościach podprogowych (tu: poniżej 206 000 euro) wykonawcy nie przysługuje prawo złożenia protestu na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy, a jedynie prawo złożenia protestu na czynność odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy - protestującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, czynności odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu odnoszą się do odrzucenia oferty, bądź wykluczenia wykonawcy, który korzysta z prawa do złożenia odwołania. W tym przypadku bowiem należy wziąć pod uwagę wykładnię systemową przepisów art. 184 ust. 1 a ustawy Pzp i art. 187 ust. 4 pkt 8) ustawy Pzp. Wynikiem tej wykładni jest uznanie możliwości wniesienia odwołania wyłącznie w zakresie czynności wykluczenia wykonawcy wnoszącego środek ochrony prawnej, bądź odrzucenia jego oferty, a nie zaniechania dokonania tej czynności, odnoszącej się do innego wykonawcy. Zatem jeśli odwołujący kwestionuje zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak w niniejszej sprawie, to zaniechanie to nie podlega zaskarżeniu w trybie odwołania dla zamówień poniżej tzw. progów unijnych.

Biorąc pod uwagę fakt, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wydawnictwo Jagiellonia S.A nie wyczerpywał zarzutów zawartych w proteście, Izba nie miała podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu, jednak ze względów wskazanych powyżej pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Dodatkowo jedynie skład orzekający Izby stwierdza, że ewentualne przywrócenie oferty odwołującego byłoby równoznaczne z przywróceniem szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, niezależnie od utrzymania lub zmiany statusu oferty Wydawnictwa Jagiellonia S.A. (brak interesu prawnego).

Zarzut zaniechania przez zamawiającego unieważnienia przedmiotowego postępowania nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji nieuwzględnienia protestu Agora S.A. przez zamawiającego oraz niemożności rozpoznania odwołania przez skład orzekający Izby w zakresie oferty konkurencyjnej, uznać należy, że oferta Wydawnictwa Jagiellonia S.A. nie została odrzucona, a zatem brak podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 4 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Skład orzekający Izby pozostawił ten zarzut bez rozpoznania, ponieważ odwołanie w tym zakresie nie zostało poprzedzone protestem (art. 187 ust. 4 pkt 2) ustawy Pzp).

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*