

Sygn. akt: KIO 1729/10

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 13 sierpnia 2010 r. przez **Fujifilm Europe GmbH, 40549 Dusseldorf, Heesenstrasse 31**, działający przez Fujifilm Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 178 w postępowaniu prowadzonym przez **Telewizję Polską S.A., 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.**
2. kosztami postępowania obciąża **Telewizję Polską S.A., 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Fujifilm Europe GmbH, 40549 Dusseldorf, Heesenstrasse 31**, działający przez Fujifilm Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce, tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty przez **Telewizję Polską S.A., 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17** na rzecz **Fujifilm Europe GmbH, 40549 Dusseldorf, Heesenstrasse 31**, działającego przez Fujifilm Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce, kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych sześćset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Skład orzekający Izby:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę profesjonalnych taśm wizyjnych cyfrowych Betacam*.

W dniu 13 sierpnia 2010 r. wykonawca – Fujifilm Europe GmbH wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art.: 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 91 ust 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie zakwestionował prawidłowość pełnomocnictwa do złożenia oferty, które wykonawca do tej oferty załączył oraz pełnomocnictwa uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że do oferty załączone zostało pełnomocnictwo udzielone 31 marca 2010 r. w imieniu Fujifilm Europe GmbH Oddział w Polsce przez Shigerhiro Nakajima panu Olegowi Szczerbakowi, jako dyrektorowi Oddziału. Następnie, na wezwanie Zamawiającego z 11 czerwca 2010 r. Odwołujący przedłożył pełnomocnictwo wystawione w imieniu Fujifilm Europe GmbH przez pana Junji Okada panu Olegowi Szczerbakowi. Po uzupełnieniu pełnomocnictwa Odwołujący został poinformowany o wykluczeniu z postępowania, ze względu na fakt, że pełnomocnictwo zostało wystawione 16 czerwca 2010 r., tj. po terminie składania ofert, w związku z czym Zamawiający uznał ofertę za złożoną bez stosownego umocowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że pełnomocnictwo udzielone panu Olegowi Szczerbakowi w imieniu Fujifilm Europe GmbH Oddział w Polsce jest niewystarczające bądź błędne i powinno zostać udzielone przez Fujifilm Europe GmbH z siedzibą w Dusseldorfie, a następnie niezgodnie z prawem uznał uzupełnione pełnomocnictwo za nieprawidłowe ze względu na fakt jego wystawienia po terminie składania ofert.

Odwołujący podniósł, że pełnomocnictwo załączone do oferty było prawidłowe, a na jego podstawie pan Oleg Szczerbak działał w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy zagranicznego. Odwołujący wskazał, że oddział przedsiębiorcy – jako wyodrębniona i samodzielna organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywana przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności – prowadzi działalność w zakresie wykonywanym przez przedsiębiorcę, a działania podejmowane przez oddział mają bezpośredni skutek dla przedsiębiorcy

zagranicznego i są *de facto* i *de iure* podejmowane przez tegoż przedsiębiorcę zagranicznego. Zdaniem Odwołującego, na gruncie ustawy Pzp oznacza to, że oddział może działać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy zagranicznego, a każde działanie podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez oddział przedsiębiorcy, tak samo jak każde oświadczenie woli składane przez taki oddział, o ile jest dokonane przez osoby prawidłowo umocowane do reprezentowania przedsiębiorcy w oddziale, należy uznać za czynność bądź oświadczenie samego przedsiębiorcy. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że oferta złożona przez Fujifilm Europe GmbH Oddział w Polsce jest ofertą przedsiębiorcy zagranicznego, a nie samego Oddziału.

Odwołujący podniósł również, iż oferta może być oznaczona jako oferta oddziału i powinna być podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentacji przedsiębiorcy w oddziale bądź też przez osobę upoważnioną do reprezentacji przedsiębiorcy w ogólności i nie jest konieczne załączanie jakichkolwiek dodatkowych pełnomocnictw od przedsiębiorcy dla oddziału do reprezentowania przedsiębiorcy w postępowaniu przetargowym.

W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego – nie ulega wątpliwości, iż na podstawie pełnomocnictwa załączonego do oferty pan Oleg Szczerbak mógł skutecznie reprezentować Fujifilm Europe GmbH w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, co oznacza, że Zamawiający z naruszeniem prawa wezwał Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa.

Następnie Odwołujący podniósł, że pełnomocnictwo uzupełnione na wezwanie Zamawiającego było również prawidłowe. W ocenie Odwołującego interpretacja, zgodnie z którą pełnomocnictwo wystawione po upływie terminu składania ofert jest wadliwe, jest nielogiczna i w praktyce powodowałaby niemożliwość stosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący wskazał, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na podstawie ww. przepisu mogą być wystawione już po upływie wyznaczonego terminu na składanie ofert, jeśli potwierdzają spełnianie warunków na dzień składania ofert. Odmienna interpretacja prowadziłaby – zdaniem Odwołującego – do eliminacji wykonawcy z postępowania, który nie ma możliwości złożenia dokumentu czy też oświadczenia z datą wcześniejszą niż wezwanie Zamawiającego i stałaby w sprzeczności z racjonalnością ustawodawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 24 sierpnia 2010 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego. W ocenie Zamawiającego pełnomocnictwo załączone do oferty było nieprawidłowe, ponieważ osoba powołana na podstawie art. 87 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie jest pełnomocnikiem, który może reprezentować przedsiębiorcę zagranicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z powyższego Zamawiający wywodzi, że pan Oleg Szczerbak, otrzymując pełnomocnictwo od osoby powołanej na podstawie ww. przepisu, dla której nie dołączono pełnomocnictw, został nienależycie umocowany do reprezentacji Odwołującego. Ponadto Zamawiający wskazał, że zarzut dotyczący uznania pełnomocnictwa załączonego do oferty za nieprawidłowe i wezwania do uzupełnienia dokumentów został podniesiony po upływie ustawowego terminu.

W odniesieniu do pełnomocnictwa uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, że możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie powyższego przepisu jest instytucją odrębną od potwierdzenia jednostronnej czynności prawnej dokonanej w cudzym imieniu bez umocowania, a zatem pełnomocnictwo do złożenia oferty musi być wystawione najpóźniej w dniu składania oferty. Zdaniem Zamawiającego art. 26 ust. 3 znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca posiada w dniu składania ofert właściwe pełnomocnictwo, jednakże omyłkowo nie załączył go do oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę.

Z dokumentacji przetargowej wynika, że w dniu 3 sierpnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania i wykluczeniu Odwołującego. Jako uzasadnienie wykluczenia Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca doręczył pełnomocnictwo wystawione 16 lipca 2010 r., tj. po terminie składania ofert, co – zdaniem Zamawiającego – jest nieprawidłowe i oznacza, że oferta została złożona bez stosownego umocowania. W treści pisma znajduje się informacja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania oraz powołany jest przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp jako podstawa odrzucenia oferty.

Przed wszystkim Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, nie zaś wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający błędnie

zamieścił w piśmie dotyczącym wyniku postępowania, jak również w protokole z postępowania (druk ZP-1, druk ZP-18) informację o wykluczeniu Odwołującego, brak było jednak podstaw do takiej czynności, a sam Zamawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą wyjaśnił, że faktycznie dokonał czynności odrzucenia oferty, natomiast informacje o wykluczeniu wynikały wyłącznie z omyłki. Zatem ocenie w niniejszym postępowaniu odwoławczym podlegała czynność odrzucenia oferty Odwołującego.

Oceniając prawidłowość odrzucenia oferty Izba uwzględniła całokształt okoliczności, które wpłynęły na decyzję Zamawiającego o dokonaniu tej czynności, nie pomijając kwestii prawidłowości pierwszego pełnomocnictwa, bowiem stanowisko Zamawiającego wobec tego właśnie pełnomocnictwa uruchomiło procedurę wezwania do uzupełnienia i wywołało ciąg zdarzeń, które skutkowały odrzuceniem oferty. Ograniczenie rozpoznania sprawy jedynie do prawidłowości pełnomocnictwa uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, ze względu na fakt niezaskarżenia czynności wezwania (co podnosił Zamawiający) byłoby nieuzasadnione. Izba stanęła na stanowisku, iż z faktu, że wykonawca uzupełnił na wezwanie zamawiającego dokumenty, nie można wywodzić, że przyznał on Zamawiającemu rację co do oceny pierwszego pełnomocnictwa. Zrozumiałe jest, że wykonawca, kierując się względami racjonalności i ekonomiki postępowania, uzupełnia dokumenty w kwestionowanym przez Zamawiającego zakresie bez zaskarżania czynności wezwania, licząc na zakończenie w korzystny dla siebie sposób sporu co do poprawności oferty (czy też na niedopuszczenie do takiego sporu). To dopiero czynność odrzucenia oferty, jako bezpośrednio wpływająca na sytuację wykonawcy w postępowaniu i na wynik tego postępowania, jest tą czynnością, wobec której wykonawcy – kierując się względami racjonalnego działania – korzystają ze środków ochrony prawnej.

Izba ustaliła, że pełnomocnictwo załączone przez Odwołującego do oferty wystawione zostało przez osobę uprawnioną do reprezentacji przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty. W ocenie Izby osoba, która podpisała ofertę była prawidłowo umocowana, działała bowiem na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez osobę uprawnioną do reprezentacji oddziału.

Zgodnie z przepisem art. 85 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, oddział tworzony jest w celu wykonywania przez przedsiębiorcę zagranicznego działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Istotą oddziału jest to, że działa on w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy zagranicznego, w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Tworząc oddział, przedsiębiorca zagraniczny zobowiązany jest – zgodnie z art. 87 przywołanej wyżej ustawy – ustanowić osobę upoważnioną do reprezentowania go w oddziale. W ocenie Izby nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że upoważnienie to nie obejmuje złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy

udzielenia pełnomocnictwa do jej złożenia. Istotą i celem tworzenia oddziałów i ustanawiania osób upoważnionych do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale, jest właśnie umożliwienie podejmowania czynności bezpośrednio przez oddział i bez potrzeby uzyskiwania dodatkowych pełnomocnictw. Zatem osoba ujawniona w KRS jako upoważniona do reprezentacji w oddziale, może – na podstawie swojego upoważnienia – podejmować wszelkie czynności związane z działalnością przedsiębiorcy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nie wyłączając udzielania pełnomocnictw.

Powyższe ustalenia i wnioski są wystarczające do stwierdzenia, że brak było podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa, a następnie do odrzucenia oferty. Jednakże z uwagi na fakt, że również prawidłowość drugiego pełnomocnictwa była między stronami sporna, Izba odniosła się do tej kwestii, stwierdzając, że uzupełnione na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwo także należy uznać za prawidłowe.

Nie można zgodzić się z prezentowanym przez Zamawiającego poglądem, że art. 26 ust. 3 dotyczy wyłącznie sytuacji, w której wykonawca, posiadając w dniu składania ofert prawidłowe pełnomocnictwo, omyłkowo nie załącza go do oferty. Celem, jaki przyświecał wprowadzeniu do ustawy powyższego przepisu, było ograniczenie konieczności wyeliminowania z postępowania wykonawców składających zawierającą uchybienia, ale korzystną i merytorycznie poprawną ofertę. Ustawodawca wyraźnie dopuścił więc możliwość uzupełnienia dokumentów po terminie składania ofert, a data, z jaką te dokumenty zostały wystawione nie przesądza o ich prawidłowości. Dopuszczenie możliwości złożenia poprawnego pełnomocnictwa w miejsce pierwotnie przedłożonego – wadliwego, wskazuje na dopuszczalność wydania pełnomocnictwa niewadliwego dopiero po wezwaniu Zamawiającego. Przy przyjęciu przeciwnej interpretacji – prezentowanej przez Zamawiającego – procedura określona w przepisie art. 26 ust. 3 utraciłby swój sens i cel.

Należy również zauważyć, że art. 26 ust. 3 zd. 2, mówiący o terminie, na jaki mają potwierdzać określony stan uzupełnione dokumenty, nie dotyczy pełnomocnictw, ale jedynie dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego. Ponadto zauważyć należy, że jeśli mocodawca potwierdza pisemnie umocowanie do złożenia oferty, oznacza to, że potwierdza wykonaną czynność i zgodność tej czynności z jego wolą. Celowość odrzucenia takiej oferty byłaby więc niczym nieuzasadniona.

Izba zwróciła również uwagę, iż wobec zamieszczenia w ustawie Pzp szczegółowej regulacji dotyczącej uzupełniania pełnomocnictw, oceny tego uzupełnienia należy

dokonywać w oparciu o tę ustawę, nie zaś o przepisy Kodeksu cywilnego, mające zastosowanie jedynie w sprawach nieuregulowanych w Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby:

.....