

Sygn. akt: KIO 1993/10

**WYROK**

**z dnia 28 września 2010r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TERMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie, ul. Lniana 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komunikację Miejską Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinku, ul. Cieślaka 4**

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
2. **Kosztami postępowania obciąża Komunikację Miejską Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinku, ul. Cieślaka 4 i nakazuje**
  - 1) **zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TERMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie, ul. Lniana 9 tytułem wpisu od odwołania**
  - 2) **dokonać wpłaty kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez Komunikację Miejską Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinku, ul. Cieślaka 4 na rzecz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TERMEX spółka z**

**ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie, ul. Lniana 9**  
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od  
odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień  
publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje  
skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego  
**w Koszalinie.**

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę z przebudową istniejącej myjni płytowej autobusów i samochodów ciężarowych oraz wykonanie wewnętrznych instalacji sanitarnych, wodociągowych, elektrycznych i technologicznych na terenie działki nr 15 w obrębie 14 przy ul. Cieślaka 4 w Szczecinku zostało wszczęte przez zamawiającego Komunikację Miejską Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinku, ul. Cieślaka 4 ogłoszeniem w siedzibie, na stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 sierpnia 2010r. za numerem 2010-241376. W dniu 10 września 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania i wskazał, że wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy RAAB KARCHER PROJEKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Baletowa 4, a ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe TERMEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie, ul. Lniana 9 (w skrócie odwołujący) odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 24 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy), gdyż oferta nie została podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania odwołującego, zgodnie z ujawnioną w rejestrze przedsiębiorców KRS reprezentacją lecz przez pełnomocnika ustanowionego przez zarząd spółki. Pełnomocnictwo udzielone przez zarząd zostało udzielone sprzecznie z art. 108 kc i jest nieważne. Ponadto odwołujący do oferty załączył pisemne zobowiązanie podwykonawcy o oddaniu odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci odpisu potwierdzonego za zgodność, podczas gdy to zobowiązanie powinno być przedłożone w oryginale. Zamawiający podniósł, że tylko dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817 – dalej rozporządzenie w sprawie dokumentów) mogą być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, natomiast do innych dokumentów stosuje się ogólne zasady kodeksu cywilnego dla wymogu pisemności. Z tą czynnością nie zgodził się odwołujący i w dniu 15 września 2010r. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz art. 108 Kodeksu cywilnego, poprzez bezzasadne uznanie za nieważne pełnomocnictwa przedłożonego przez odwołującego, naruszenie art. 26 ust. 2b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż przedłożenie

poświadczonego za zgodność z oryginałem zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, stanowi podstawę odrzucenia oferty, naruszenie istotnych warunków zamówienia, w szczególności sekcji IX pkt. 5 polegające na odmowie uwzględnienia, poświadczonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, dokumentu w postaci zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności w postaci odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z udziałem odwołującego, obciążenie kosztami postępowania zamawiającego oraz orzeczenie zwrotu kosztów poniesionych przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w odniesieniu do kwestii pełnomocnictwa, to należy podnieść, iż oferta została podpisana przez prezesa zarządu spółki Marka S, w związku z czym pismem z dnia 31 sierpnia 2010 r. zamawiający wezwał do przedłożenia pełnomocnictwa uprawniającego do jednoosobowego reprezentowania spółki przez wyżej wymienionego prezesa zarządu. Wezwanie zamawiającego wynikało z faktu, iż zgodnie z treścią umowy spółki, do zaciągania w imieniu spółki zobowiązań przekraczających wartość 25.000 zł., niezbędne jest współdziałanie dwóch członków zarządu bądź członka zarządu z prokurentem. W wykonaniu wezwania zamawiającego, odwołujący nadesłał pełnomocnictwo umocowujące Marka S do samodzielnego reprezentowania spółki, które to pełnomocnictwo podpisał prokurent Witold K oraz Marek S. Odwołujący stoi na stanowisku, iż złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania pieniężnego ponad wartość wskazaną w umowie spółki, tym samym Marek S jako prezes zarządu był umocowany do złożenia oferty bez odrębnych pełnomocnictw. Skoro Marek S jest ujawnionym w KRS prezesem zarządu, to do spełnienia warunku reprezentacji dwuosobowej, niezbędne było udzielenie mu pełnomocnictwa jedynie przez prokurenta. Podpis prokurenta Witolda K na pełnomocnictwie był zatem wystarczający do spełnienia wezwania zamawiającego. Niezależnie od powyższego, pełnomocnictwo podpisał także sam Marek S, którego podpis w tym zakresie oznaczał przyjęcie pełnomocnictwa, nie zaś jego udzielenie. Całkowitym nieporozumieniem jest traktowanie zaistniałego stanu faktycznego jako naruszenie art. 108 Kc, który przewiduje nieważność czynności dokonanej z samym sobą. Odwołujący podkreślił, iż Marek S nie może być w omawianym przypadku traktowany jako udzielający pełnomocnictwa do reprezentowania spółki, jako że jego uprawnienie w zakresie reprezentacji wynika bezpośrednio z Krajowego Rejestru Sądowego i żadnych pełnomocnictw nie wymaga. Pełnomocnictwa wymagało jedynie wykazanie uprawnienia pochodzącego od innego członka zarządu, bądź prokurenta, co też w przedmiotowej sprawie nastąpiło. Należy ponadto zaznaczyć, iż pełnomocnictwo spełniałoby wymogi postawione przez zamawiającego także wówczas, gdyby zostało

podpisane wyłącznie przez prokurenta, nie do zaakceptowania jest natomiast teza, jakoby umieszczenie na nim dodatkowo podpisu osoby, której pełnomocnictwa udzielono, miało powodować nieważność pełnomocnictwa. W tym miejscu warto wreszcie nadmienić, iż praktyka składania na pełnomocnictwie podpisu przez osobę, której pełnomocnictwo zostaje udzielone, jest powszechnie spotykana, jakkolwiek nie jest wymagana dla ważności pełnomocnictwa. Odwołujący uważa twierdzenie jakoby podpis Marka S na pełnomocnictwie przedłożonym przez odwołującą spółkę, miał świadczyć o jego nieważności z mocy art. 108 Kc za całkowicie błędne i prowadzi do naruszenia tegoż art. 108 Kc poprzez jego nieuzasadnione przywołanie.

W odniesieniu do zarzutu odnoszącego się do formy dokumentu w postaci zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia, według odwołującego, zamawiający błędnie przyjmuje, iż dokument taki w przedmiotowej sprawie nie mógł zostać przedłożony w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Podkreślił, iż zamawiający w zupełnie nieuzasadniony sposób przeciwstawia formę pisemną formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. W istocie zarówno oryginał, jak i kopia poświadczona za zgodność z oryginałem odnosi się do tej samej formy pisemnej, innymi słowy poświadczona za zgodność z oryginałem kopia zobowiązania także jest „pisemnym zobowiązaniem” Odwołujący uważa, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych, zobowiązanie podwykonawcy powinno spełniać wymogi formy pisemnej, co nie ulega wątpliwości, ale stoi na stanowisku, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy nie wyłącza możliwości spełnienia wymogu pisemności zobowiązania poprzez przedłożenie jego poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii. Odwołujący podkreślił, iż dla dokumentów wymienionych rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, ustawa także przewiduje ogólny wymóg pisemności, pomimo tego rozporządzenie wyraźnie dopuszcza możliwość spełnienia tego wymogu poprzez przedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii. Uważa, że w tym przypadku można zastosować zasadę interpretacyjną *argumentum a majori ad minus* i przyjąć, iż skoro przepisy pozwalają na spełnienie wymogu pisemności poprzez poświadczenie kopii za zgodność z oryginałem, w stosunku do dokumentów o większym znaczeniu, to tym bardziej jest to dozwolone w stosunku do oświadczenia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy.

Wskazał nadto, że to sam zamawiający przewidział, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, możliwość przedkładania dokumentów załączonych do oferty w oryginale lub w poświadczonej za zgodność kopii. Jedynie sekcja VI SIWZ zawiera normy przewidujące wymóg przedłożenia oryginałów, co dotyczy takich dokumentów jak pełnomocnictwo (pkt. 7 ppkt. 3) czy dokument wniesienia wadium (pkt. 7 ppkt. 5), natomiast treść pkt. 6 nie pozostawia wątpliwości, iż przypadki uzasadnionego żądania dokumentu w oryginale mają charakter wyjątku od reguły, tym bardziej że pkt. 6 sekcji VI SIWZ jest w

istocie jedynie powtórzeniem §6 ust. 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. Najistotniejsze jest jednak umieszczenie w SIWZ w sekcji X pkt. 5 wyraźniej normy ogólnej, zgodnie z którą „wszystkie oświadczenia lub dokumenty muszą być przedstawione w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę”, zaś żaden inny przepis SIWZ nie przewiduje wyjątku od tej normy dla zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia. Odwołujący stwierdził, że nawet przyjmując, iż zamawiający ma słuszość twierdząc, iż zobowiązanie podwykonawcy powinno zostać przedłożone w oryginale, to w żadnym razie niedopełnienie tego obowiązku nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Brak jest podstawy prawnej pozwalającej na uznanie, iż ewentualny błąd co do formy dokumentu stanowiącego załącznik do oferty, jest tożsamy z nieważnością oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy. W istocie zamawiający, według odwołującego, całkowicie dowolnie i arbitralnie uznał ofertę za nieważną, nie podnosząc w tym zakresie żadnej merytorycznej argumentacji, a jedynie ograniczając się do przywołania podstawy prawnej odrzucenia i powołania na brak oryginalności zobowiązania podwykonawcy. Zamawiający nie wyjaśnia jednak dlaczego takie uchybienie (przy założeniu, że jest to faktycznie uchybienie) ma czynić ofertę nieważną. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 września 2010r.

Zamawiający w dniu 15 września 2010r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie powyższego, Izba ustaliła, co następuje

W rozdziale V pkt 2 siwz zamawiający dopuścił możliwość polegania przez wykonawców na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach dolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W rozdziale VI siwz pkt 2 str. 7 zamawiający postanowił, że wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w rozdziale VI pkt. 1 lit. D – oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia – załącznik nr 3 do siwz, lit. E – aktualny odpis z właściwego rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, lit. F aktualne zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego, lit. G aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, lit. H aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 -8, lit. I aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9.

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 6 siwz dokumenty mogły być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Zamawiający mógł żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości.

W myśl rozdziału VI pkt 7 wymaganie złożenia dokumentu oryginalnego dotyczyło pełnomocnictwa do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy (ale zamawiający dopuszczał także formę kopii poświadczonej notarialnie) i dokumentu wniesienia wadium.

Zgodnie z rozdziałem X – sposób przygotowania oferty pkt. 5 wszelkie oświadczenia lub dokumenty muszą być przedstawione w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Wniesione do treści siwz zapytania nie dotyczyły ani sposobu reprezentacji wykonawcy, ani formy składania oświadczeń lub dokumentów.

W ofercie odwołującego izba stwierdziła, że na stronie 3 na formularzu oferty figuruje podpis prezesa zarządu Marka S, a na stronach 38 – 49 znajduje się odpis aktualny z Rejestru przedsiębiorców nr KRS 0000139500 dla odwołującego, gdzie na stronie 40 w dziele 2 rubryce 1 pkt 2 sposób reprezentacji podmiotu wskazano – w przypadku powołania zarządu dwu lub wieloosobowego, spółka reprezentowana będzie jednoosobowo przez każdego z członków zarządu, z tym jednak, że sprawy związane z rozporządzeniem majątkiem spółki oraz zaciąganiem zobowiązań o wartości powyżej 25000 zł. wymagać będą współdziałania dwóch osób tj. dwóch członków zarządu, członka zarządu z prokurentem bądź dwóch prokurentów łącznie. W podrubryce nr 1 ujawniono dwóch członków zarządu, a w rubryce 3 dwóch prokurentów samoistnych.

W dniu 31 sierpnia 2010r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a w tym pisemnego zobowiązania podwykonawcy do oddania wykonawcy do dyspozycji

niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia – zgodnie z pkt. 2 sekcji V siwz oraz do dostarczenia do siedziby zamawiającego pełnomocnictwa do jednoosobowego reprezentowania odwołującego przez prezesa zarządu Marka S w sprawach związanych z zaciąganiem zobowiązań o wartości powyżej 25 tys. złotych. Dokumenty należało uzupełnić w terminie 5 dni od otrzymania wezwania. Odwołujący wezwanie otrzymał faksem w dniu 1 września 2010r.

W dniu 6 września 2010r. odwołujący złożył żądane przez zamawiającego dokumenty, a wśród nich pełnomocnictwo z dnia 24 sierpnia 2010r. dotyczące przedmiotowego postępowania, zgodnie z którym PPHU Termex sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie udziela Markowi S pełniącemu funkcję prezesa spółki pełnomocnictwa do reprezentowania i zaciągania zobowiązań w imieniu spółki, a w szczególności umożliwia złożenie oferty do przedmiotowego przetargu oraz w przypadku jego pozytywnego rozpatrzenia – samodzielną realizację działań zgodnych z jego statutem oraz finansowe rozliczenie projektu. Pełnomocnictwo obejmowało okres realizacji i rozliczenia projektu prowadzonego w ramach tych działań. W miejscu na podpis znajdują się podpisy prokurenta Witolda Kudelskiego i prezesa zarządu Marka S. Odwołujący przedłożył także oświadczenie Eco – Clean Włodzimierz Ż, że jako podwykonawca zadania rozbudowy myjni autobusowej w Komunikacji Miejskiej w Szczecinku w zakresie dostawy i montażu urządzeń myjni, niniejszym zobowiązuje się do oddania do dyspozycji wykonawcy PPHU Termex z Koszalina niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy jego realizacji. Oświadczenie zostało przedłożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Marka S.

#### **Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która zawiera korzystniejszą cenę przy kryterium najniższej ceny, niż oferta wybrana. Odwołanie zmierza do zakwestionowania czynności zamawiającego, jaką było odrzucenie oferty odwołującego i do przywrócenia tej oferty do postępowania. Zatem w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołującego miałby on szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek czynności zamawiającego w postaci utraty zysku zakładanego w ramach przedmiotowej umowy. Przesłanka materialno prawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.



Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz art. 108 Kodeksu cywilnego, poprzez bezzasadne uznanie za nieważne pełnomocnictwa przedłożonego przez odwołującego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Izba podziela stanowisko odwołującego, że złożenie oferty nie jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania, od którego wartości uzależnione byłoby łączne działanie członków zarządu. Złożenie oferty jest złożeniem oświadczenia woli o gotowości zawarcia umowy na warunkach określonych przez zamawiającego w siwz za cenę podaną w ofercie przez wykonawcę. Jednakże dopiero podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zaciągnięciem zobowiązania, do którego, ponieważ cena oferty przekracza kwotę 25 tys. zł. w przypadku uznania oferty za ofertę najkorzystniejszą wymagane byłoby łączne działanie dwóch członków zarządu, członka zarządu z prokurentem lub dwóch prokurentów. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie zgodne z zasadami reprezentacji odwołującego było jednoosobowe działanie prezesa zarządu. Ponadto nawet gdyby przyjąć, że złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest czynnością powodującą zaciągnięcie zobowiązania o określonej wartości, to również wówczas działanie zamawiającego nie mogłoby być uznane za prawidłowe. Zgodnie bowiem ustaloną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego wyrażoną choćby w uchwale z dnia 23 sierpnia 2006 r. sygn. akt III CZP 68/06, w wyroku z dnia 4 lutego 2010 r. sygn. akt IV CSK 416/09 nie stanowi obejścia prawa udzielenie pełnomocnictwa członkowi zarządu danej osoby prawnej przez organ tej osoby, co w przedmiotowej sprawie miało miejsce. Sąd Najwyższy zająć w takim przypadku stanowisko, że „jest wysoce dyskusyjne, czy w analizowanej sytuacji można odwołać się do analogicznego stosowania art. 108 k.c., który znajduje zastosowanie, gdy pełnomocnik ma być drugą stroną czynności dokonywanej w imieniu mocodawcy. Powstaje zatem wątpliwość, czy może on znaleźć w ogóle zastosowanie do czynności prawnych jednostronnych. Po drugie, z treści tego przepisu wynika zakaz dokonywania czynności prawnych, gdy członek zarządu występuje jako kontrahent spółki. Nie sposób tej sytuacji zrównać z sytuacją, w której członek zarządu zostaje umocowany do działania w imieniu i na rzecz osoby prawnej. Po trzecie, pełnomocnictwa udziela spółka działająca, zgodnie z art. 38 k.c., przez swoje organy. Przy reprezentacji łącznej pełnomocnictwo jest udzielane przez co najmniej dwóch członków zarządu, trudno zatem mówić o udzieleniu pełnomocnictwa "samemu sobie". Izba podziela powyższe stanowisko i przyjmuje je za własne. Izba uznała zatem, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy uznając, że do dokonania czynności złożenia oferty wymagana była reprezentacja łączna prezesa zarządu i innego członka zarządu lub prokurenta.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 2b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż przedłożenie poświadczono za zgodność z oryginałem zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, stanowi podstawę odrzucenia oferty, oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego istotnych warunków zamówienia, w szczególności sekcji IX pkt. 5 polegające na odmowie uwzględnienia, poświadczono za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, dokumentu w postaci zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko odwołującego. Izba zauważa, że gdyby wola ustawodawcy było wprowadzenie obowiązku składania „pisemnych zobowiązań osób trzecich” wyłącznie poprzez załączenie oryginału takiego dokumentu, to wskazałby skutek niezłożenia tego dokumentu w wymaganej formie jako rygor nieważności. Ustawodawca tak uczynił w odniesieniu do oferty – art. 82 ust. 2 ustawy, czy umowy – art. 139 ust. 2 ustawy, a zgodnie z art. 73 § 1 kc stosowanym na mocy art. 14 ustawy czynność, dla której ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Skoro zatem ustawodawca takiego rygoru dla „pisemnego zobowiązania osoby trzeciej” nie przewidział, ani również nie objął wprost uprawnieniem do złożenia tego dokumentu w formie kopii poświadczono za zgodność z oryginałem, jak to uczynił w odniesieniu do dokumentów wymienionych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, To oznacza, że zamawiającym pozostawił w tym zakresie swobodę. W przedmiotowej sytuacji zastosowanie zatem mieć będą odpowiednie postanowienia siwz, a z tych wynika, że zamawiający dopuścił możliwość składania wszelkich dokumentów i oświadczeń w formie oryginałów, ale również na prawach oryginałów traktował kopie poświadczono za zgodność z oryginałem przez wykonawców. Wynika to wprost z rozdziału VI pkt. 6 jak i z rozdziału X pkt 5 siwz. Tam, gdzie zamawiający postawił odmienne wymagania wyraźnie to zaznaczył – rozdział VI pkt 7 siwz. Izba uznała zatem, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z powodu niewłaściwej formy zobowiązania podmiotu trzeciego. Nadto Izba zauważa, że podana przez zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty w tym zakresie jest nieprawidłowa. Zastosowanie przesłanki odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy wymaga wskazania na przepisów innych aktów prawnych, z których zamawiający wywodzi nieważność oferty. Zamawiający w przedmiotowej sprawie takich przepisów nie wskazał, ani nawet w uzasadnieniu faktycznym nie podał z czego wywodzi, że przedłożenie kopii zobowiązania podmiotu trzeciego w formie kopii, a nie oryginału powoduje nieważność oferty. Zamawiający wskazał jedynie, że ustawodawca nie przewidział dla pisemnego

zobowiązania możliwości jego składania jako kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Należy nadto zwrócić uwagę także na to, że pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego jest jedynie dowodem mającym służyć wykazaniu, że wykonawca rzeczywiście będzie dysponował zasobami osoby trzeciej. Art. 26 ust. 2 b stanowi, że wykonawca korzystający z zasobów ma udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego do wykonania zamówienia i przepis ten wskazuje, że w szczególności takim dowodem może być pisemne zobowiązanie podmiotu. Sformułowanie „w szczególności” oznacza, że ustawodawca nie określił zamkniętego katalogu dowodów, jakimi może posłużyć się w tej sytuacji wykonawca. Zamawiający z resztą miał tego świadomość, gdyż w rozdziale V pkt 2 siwz w ślad za ustawodawcą wskazał, że pisemne zobowiązanie będzie jedynie dowodem „w szczególności”. W ocenie Izby zamawiający dysponował w samej ofercie wystarczającymi dowodami świadczącymi o tym, że odwołujący będzie dysponował zasobami Eco-Clean Włodzimierz Ż w zakresie dostawy i montażu urządzeń myjni. Wynika to w szczególności z postanowień jakie do projektu umowy wprowadził odwołujący oraz ze złożonych przez odwołującego dokumentów podmiotowych Eco-Clean, które odwołujący złożył nawet w szerszym zakresie niż wymagał zamawiający przedkładając np. wykaz dostaw realizowanych przez Eco-Clean wraz z referencjami, czego zamawiający nie wymagał. Za możliwością dysponowania zasobami Eco-Clean przemawiał także załączony do oferty wykaz podwykonawców. W świetle tych dowodów pisemne zobowiązanie potwierdzało jedynie w sposób niebudzący wątpliwości, że w zakresie dostawy i montażu urządzeń myjni odwołujący będzie polegał na potencjale technicznym, wiedzy, doświadczeniu oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia, które należą do innego podmiotu. Na marginesie Izba zauważa, że jeżeli zamawiający uważał, że przedłożenie kopii pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego poświadczonej za zgodność przez wykonawcę nie jest skuteczne, to nie powinien był odrzucać oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, ale na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, z uwagi na niepotwierdzenie przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego Izba nie była władna orzec, gdy zwrot kosztów postępowania wywołanych udziałem na rozprawie profesjonalnego pełnomocnika, może nastąpić na podstawie przedstawionego rachunku. Odwołujący rachunku takiego nie złożył.

**Przewodniczący:**

.....