

WYROK

z dnia 20 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Marbruk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Charzykowach oraz M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Aspergo M. D. w Bojanie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Gmina Miasta Gdańska w Gdańsku, w imieniu której czynności wykonuje Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, przy udziale wykonawcy Skanska SA w Warszawie - przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Marbruk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Charzykowach oraz M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Aspergo M. D. w Bojanie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Marbruk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Charzykowach oraz M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Aspergo M. D. w Bojanie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Gmina Miasta Gdańska, w imieniu której czynności wykonuje Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „*Budowa kanalizacji deszczowej w ulicach Hubala, Kolberga, Kmiecej i Arciszewskiego w Gdańsku etap III*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, dokonując wyboru oferty złożonej przez Skanska SA w Warszawie i odrzucając ofertę Odwołującego.

III. W dniu 6 marca 2015 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając naruszenie przepisów:

- 1) art. 106 k.c., przez jego niezastosowanie wyrażające się w niezgodnym ze zgromadzonym materiałem dowodowym ustaleniem, że załączone do oferty pełnomocnictwo udzielone w dniu 2 lutego 2015 r. przez Marbruk sp. z o.o. osobie podpisującej ofertę nie zawierało dalszego umocowania do działania również w imieniu M. D.,
- 2) art. 96 k.c. przez jego niezastosowanie i niezgodne ze zgromadzonym materiałem dowodowym ustalenie, że pełnomocnictwo nadesłane w wykonaniu zobowiązania Zamawiającego nie wyrażało umocowania udzielonego M. K. przez M. D.,
- 3) art. 89 ust. 1 punkt 8 ustawy, przez jego niewłaściwą wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, przez odrzucenie oferty Członków Konsorcjum pomimo tego, że oświadczenia składane w imieniu Marbruk były składane przez osobę należycie umocowaną.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podkreślił, że:

[1] Zamawiający, motywując swoją decyzję o odrzuceniu oferty złożonej przez Członków Konsorcjum, wskazał, że oferta ta została podpisana przez osobę bez umocowania do reprezentowania wszystkich wykonawców. Zamawiający ustalił, że wraz z ofertą złożono dwa

pełnomocnictwa, z których wynikało, że osoba podpisująca ofertę posiada umocowanie do reprezentowania tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia, tj. Marbruk sp. z o.o. W pierwszym z pełnomocnictw Pan M. D. wraz z Marbruk mieli wspólnie umocować Marbruk do reprezentowania obu wykonawców w postępowaniu. Drugie z pełnomocnictw zostało udzielone samodzielnie przez Marbruk osobie podpisującej ofertę, jednakże z jego treści wynikało jedynie umocowanie do występowania w imieniu i na rzecz Marbruk. Zamawiający podkreślił, że pomimo wezwania wykonawców do uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa, zawierającego umocowanie udzielone przez M. D., przedstawiono jedynie pełnomocnictwo zawierające umocowanie dla osoby podpisującej ofertę do działania na rzecz Marbruk sp. o.o. Jako podstawę decyzji odrzuceniu oferty Członków Konsorcjum Zamawiający podał art. 89 ust. 1 punkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 104 k.c.

[2] W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 106 k.c., przez jego niezastosowanie wyrażające się w niezgodnym ze zgromadzonym materiałem dowodowym ustaleniu, że załączone do oferty pełnomocnictwo udzielone w dniu 2 lutego 2015 r. przez Marbruk osobie podpisującej ofertę nie zawierało dalszego umocowania do działania również w imieniu M. D.:

Zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Zamawiającego do oferty załączono dwa pełnomocnictwa, z których pierwsze zostało udzielone Marbruk do działania w imieniu obydwu wykonawców, oraz drugie udzielone przez Marbruk osobie podpisującej ofertę. Zamawiający jednak mylnie ocenił zakres umocowania wynikający z załączonego do oferty pełnomocnictwa zawierającego umocowanie udzielone osobie podpisującej ofertę. Wbrew odmiennym wywodom Zamawiającego, przedmiotowe pełnomocnictwo nie zawierało jedynie umocowanie do działania w imieniu Marbruk lecz również w imieniu drugiego wykonawcy, tj. M. D. . Szczególną uwagę należy zwrócić na zapis zawarty w punkcie I pełnomocnictwa, zgodnie z którym, pełnomocnictwo zawierało umocowanie m.in. do złożenia oferty wspólnej Członków Konsorcjum na wykonanie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie uwzględnił przepisu art. 65 § 1 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone. Niezaprzeczalnie prawidłowe uwzględnienie okoliczności towarzyszących oświadczeniu woli nakazuje nadać tekstowi pełnomocnictwa rozumienie zakładające wolę wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Intencja ta w sposób dostatecznie jasny została zmanifestowana ww. sformułowaniem o udzieleniu umocowania do złożenia oferty wspólnej. Skoro zaś w okolicznościach niniejszej sprawy Marbruk ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie z M. D., to nie budzi wątpliwości, że przedmiotowe pełnomocnictwo zawierało umocowanie do działania w imieniu tego drugiego Członka Konsorcjum.

[3] W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 96 k.c., przez jego niezastosowanie i niezgodne ze zgromadzonym materiałem dowodowym ustalenie, że pełnomocnictwo nadesłane w wykonaniu zobowiązania Zamawiającego nie wyrażało umocowania udzielonego osobie podpisującej ofertę przez M. D.:

W sposób kategoryczny niepodobna się zgodzić z zarzutem, jakoby pełnomocnictwo nadesłane w wykonaniu zobowiązania Zamawiającego nie zawierało umocowania do działania osoby podpisującej ofertę w imieniu M. D. . Podobnie jak miało to miejsce w przypadku pełnomocnictwa załączonego do oferty, przedmiotowe pełnomocnictwo zawierało punkt 1 zgodnie z którym, pełnomocnictwo zawierało umocowanie m.in. do złożenia oferty wspólnej Członków Konsorcjum na wykonanie zamówienia publicznego. Zastosowanie ww. metod wykładni oświadczeń woli winno było skłonić Zamawiającego do ustalenia, że pełnomocnictwo to w istocie zawiera umocowanie do działania w imieniu M. D. . Zdziwienie budzi w szczególności to, że Zamawiający nie uwzględnił wymownego faktu, że dokument ten został podpisany przez M. D. .

Całokształt okoliczności sprawy podważa ustalenia poczynione przez Zamawiającego. Szczególne niezgodę jednak wywołuje okoliczność, że Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu oferty Członków Konsorcjum przy ewidentnym pogwałceniu interesu publicznego - wskutek mylnej interpretacji treści pełnomocnictw Zamawiający dokonał wyboru oferty droższej o około 92 741 zł względem oferty złożonej przez Członków Konsorcjum.

[4] W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 8 ustawy, przez jego niewłaściwą wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przez odrzucenie oferty Członków Konsorcjum pomimo tego, że oświadczenia składane w imieniu Marbruk były składane przez osobę należycie umocowaną:

Jako podstawę odrzucenia oferty zamawiający przyjął art. 89 ust. 1 punkt 8 ustawy, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Jako odrębny przepis, o którym mowa w art. 89 ust. 1 punkt 8 ustawy Zamawiający przywołał art. 104 k.c., zgodnie z którym jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania jest nieważna. Czyniąc wzgląd na kwestię daleko idącego bezpieczeństwa procesowego, nawet jeżeli jednak przyjąć, że sankcją nieważności miało być dotknięte, oświadczenie o złożeniu oferty w imieniu M. D., to w mocy pozostało oświadczenie o złożeniu oferty w imieniu Marbruk sp. z o.o.

IV. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Bank Spółdzielczy w Brodnicy, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na obecnym etapie postępowania, w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący może uzyskać zamówienie w tym postępowaniu.

Nie uwzględniono w tej mierze argumentacji Zamawiającego i Przystępującego po Jego stronie, zmierzającej do wykazania braku przesłanek materialnoprawnych po stronie Odwołującego [art. 179 ust. 1 ustawy], czy też później – brakiem wpływu na wynik postępowania, o którym mówi art. 192 ust. 2 ustawy, uzasadnionych powoływaniem się na fakt uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania złożonego przez Skanska SA w Warszawie, które zmierza do wykluczenia Odwołującego z postępowania, co skutkowało umorzeniem postępowania w spr. KIO 488/15. Składający tego rodzaju postulaty akcentowali fakt, że Skanska SA złożyła odwołanie, uwzględnione następnie przez Zamawiającego, w którym to postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie brał udziału [nie przystąpił do niego], co ma skutkować obowiązkiem wykonania żądań odwołania, te zaś zmierzają do wykluczenia Odwołującego z postępowania, przy czym – po myśli art. 185 ust. 6 ustawy – w takim wypadku wobec czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z uwzględnionym odwołaniem [na podstawie art. 186 ust. 2 i 3] nie będą stronom [Skanska SA oraz Odwołującemu] przysługiwały środki ochrony prawnej. Wnioskujący w ten sposób zdają się jednak nie dostrzegać faktu, że okoliczność ponownego badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego nie jest jeszcze dokonane - jest dopiero sferą zapowiedzi, wynikającej z uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania i z obowiązku wykonania żądań jakie w tym odwołaniu zostały postawione [art. 186 ust. 2 ustawy]. Wnioskodawcy nie dostrzegają także warunkowych, by nie powiedzieć przewrotnych żądań postawionych w odwołaniu Skanska SA, które zostało uwzględnione [spr. o sygn. akt KIO 488/15]. Skanska SA w Warszawie wniosła w nim o: *„powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i zarzutów podniesionych w odwołaniu - w sytuacji rozstrzygnięcia odwołania wniesionego przez Konsorcjum Marbruk na korzyść tego Wykonawcy, czyli uznania, iż jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy; w konsekwencji powyższego wykluczenie Konsorcjum Marbruk z przedmiotowego postępowania oraz odrzucenie jego oferty; dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty*

najkorzystniejszej.”. Z treści tak opisanych żądań wynika więc, że postawiono je pod tym warunkiem i tylko w tej sytuacji, gdy Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni niniejsze odwołanie, a co za tym idzie – zarówno te żądania jak i wynikający z art. 186 ust. 2 ustawy obowiązek wykonania żądań zaktualizuje się dopiero z momentem wydania orzeczenia w tej sprawie, i to nie orzeczenia jakiegokolwiek, ale orzeczenia uwzględniającego niniejsze odwołanie. Do tego momentu, rozważania o kwestiach przesłanek materialnoprawnych oraz wpływu na wynik postępowania, wynikających z uwzględnienia odwołania w spr. KIO 488/15 mają więc charakter jedynie hipotetycznych i warunkowych, skoro Zamawiający zobligowany jest do podjęcia badania oferty Odwołującego przez pryzmat podstaw do jej odrzucenia, dopiero gdy rozstrzygnięcie w tej sprawie byłoby korzystne dla Odwołującego. Podstawa determinująca ów postulowany brak przesłanek materialnoprawnych zmaterializowałaby się dopiero po rozstrzygnięciu tego postępowania odwoławczego w sposób pomyślny dla Odwołującego. Tymczasem przypomnienia wymaga zasada, że przesłanki materialnoprawne, o jakich stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, muszą istnieć na moment wniesienia odwołania. W analizowanej sprawie, w momencie wniesienia odwołania [w dniu 6 marca 2015 r.], stan mający powodować brak tych przesłanek [uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania Skanska SA w Warszawie] nie istniał, już choćby z tego powodu, że wszystkie zdarzenia mające przemawiać za stwierdzeniem braku przesłanek materialnoprawnych po stronie Odwołującego nastąpiły później - odwołanie Skanska SA w Warszawie zostało złożone sześć dni później, tj. w dniu 12 marca 2015 r., zaś jego uwzględnienie miało miejsce 18 marca 2015 r.

Podobnie jest z wpływem na wynik tego postępowania odwoławczego ewentualnych naruszeń przepisów przypisywanych Zamawiającemu [art. 192 ust. 2 ustawy] – brak tego wpływu, pociągający konieczność oddalenia odwołania ma być następstwem obowiązku wykonania żądań z uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania Skanska SA w Warszawie, ale ten obowiązek nastąpiłby dopiero, gdyby to postępowanie odwoławcze rozstrzygnięte zostało na korzyść Odwołującego. Tego rodzaju „błędne koło”, którego źródłem jest warunkowe, uzależnione od wyniku tego postępowania żądanie postawione w innym postępowaniu odwoławczym [wywołanym odwołaniem Skanska SA w Warszawie – w spr. KIO 488/15] powoduje, że należało Odwołującemu przypisać zarówno legitymację do złożenia odwołania jak i rozważać zarzuty podniesione w odwołaniu w sposób niezależny od losu żądań innego odwołania, których wykonanie będzie dopiero zależało od rozstrzygnięcia wydanego w tym postępowaniu.

II. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Oczywistą jest ogólna zasada, że oferta w postępowaniu o zamówienie publiczne winna być podpisana przez osobę lub osoby, posiadające do tego stosowne umocowanie. Do złożenia oferty niezbędne jest posiadanie przez osoby składające w imieniu wykonawcy oświadczenie woli w przedmiocie udziału w postępowaniu a także w przedmiocie zaferowania wykonania przedmiotu zamówienia stosownego umocowania w dacie składania ofert. W przeciwnym bowiem wypadku nie będziemy mieli do czynienia ze złożeniem oferty. Nie bez powodu przy tym ustawodawca stawia w systemie zamówień publicznych bardzo kategoryczny wymóg złożenia oferty w nieprzekraczalnym terminie składania ofert. Konsekwencją powyższego jest konieczność posiadania takiego umocowania w dacie składania ofert.

Zgodzić się trzeba z poglądami, że analizując treść pełnomocnictwa, należy brać pod uwagę reguły interpretacyjne dotyczące oświadczeń woli, zawarte w art. 65 k.c. [M. Pazdan [w:] System Prawa Prywatnego, t. II, s. 495]. Należy jednak zachować przy tym szczególną ostrożność, mając przede wszystkim na względzie, że stosunek między mocodawcą a pełnomocnikiem opiera się na zaufaniu mocodawcy do pełnomocnika [por. B. Gawlik [w:] System prawa cywilnego, t. I, s. 783]. Na gruncie art. 65 k.c. stosuje się kombinowaną metodę wykładni, opartą na kryteriach subiektywnym i obiektywnym. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami, tj. za wiążący uznaje się taki sens oświadczenia woli, jak rozumiała je zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Decyduje zatem rzeczywista wola stron, tj. kryterium subiektywne, co znajduje uzasadnienie normatywne w treści art. 65 § 2 k.c. W sytuacji, gdy okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, następuje przejście do obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli jak adresat sens oświadczenia woli winien rozumieć przy zastosowaniu starannych zabiegów interpretacyjnych. Na tym etapie przeważa ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli, nad rozumieniem nadawcy, co ma sprzyjać pewności stosunków prawnych, a w konsekwencji pewności obrotu.

Kolejną sprawą jest, że wszelkie nieścisłości i wątpliwości w zakresie uprawnień pełnomocnika wynikających z pełnomocnictwa, szczególnie w obrocie tak sformalizowanym, jakim jest obrót w ramach systemu zamówień publicznych wymagają wyeliminowania. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem regułami, które wymagają

usunięcia wszelkich wątpliwości, w tym takich które prowadziłyby do ewentualnych sporów co do uprawnienia do zawarcia umowy czy groziły uchYLENIEM SIĘ przed wykonawcą od zawartej umowy na podstawie zarzutów osadzonych w treści pełnomocnictwa do złożenia oferty. Stąd wątpliwości co do zakresu umocowania powinny zostać usunięte, a rezultatem ich usunięcia powinno być uzyskanie przez zamawiającego dokumentu, z którego treści, bez jakichkolwiek wątpliwości będzie wynikało uprawnienie pełnomocnika do złożenia oferty. Stąd właściwym instrumentem do eliminowania tego rodzaju wątpliwości jest przede wszystkim uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa, do czego wyraźnie nawiązuje art. 26 ust. 3 ustawy, wymieniając wśród dokumentów podlegających uzupełnieniu pełnomocnictwa. Potwierdza to uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 grudnia 2013 r. w spr. V Ca 3201/13], w którym podkreślono: *„Praktyka stosowania omawianego przepisu wyewoluowała w ten sposób, że każdy dokument pełnomocnictwa budzący wątpliwości co do zakresu umocowania lub prawidłowości umocowania pełnomocnika powinien być uzupełniony - czyli poprawiony przez mocodawcę w ten sposób, by umocowanie z niego wynikało. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliuguje zamawiającego do wezwania wykonawcy celem uzupełnienia pełnomocnictw w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie, tj. w sytuacji niezłożenia pełnomocnictwa lub złożenia pełnomocnictwa wadliwego. Okolicznościami w których zamawiający uprawniony jest do zaniechania stosownego wezwania jest konieczność odrzucenia oferty wykonawcy lub unieważnienia postępowania.”*

Nie jest więc dopuszczalne pozostawienie wątpliwości co do tej kwestii i przyjęcie na siebie przez zamawiającego ryzyka, że nie będzie pewności co do prawidłowego złożenia oferty. Ewentualne zastrzeżenia co do ważności umowy w zamówieniu publicznym powinny być eliminowane na etapie poprzedzającym jej zawarcie – w toku postępowania o zamówienie publiczne, na etapie badania i oceny ofert. Narzędziem, mającym – przynajmniej po części – służyć ograniczeniu lub wyeliminowaniu tego rodzaju ryzyk jest przywołany wyżej przepis art. 26 ust. 3 ustawy, a także przepis art. 23 ust. 2 ustawy, wymagający ustanowienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu, lub dodatkowo zawarcia umowy.

Wszelkie nieścisłości i wątpliwości w zakresie uprawnień pełnomocnika wynikających z pełnomocnictwa wymagają więc wyeliminowania.

W analizowanym postępowaniu Odwołujący w ofercie zawarł dwa pełnomocnictwa, oba datowane na 2 lutego 2015 r.:

1) pierwsze, z którego wynika, że dwaj wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne uczynili Marbruk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Charzykowach pełnomocnikiem do reprezentowania wszystkich wykonawców w postępowaniu, i w którym zawarto zastrzeżenie o prawie udzielania przez tego pełnomocnika dalszych pełnomocnictw. Pełnomocnictwo to obejmuje – w pkt a) – uprawnienie do podpisania i złożenia w imieniu wykonawców oferty i zostało podpisane przez obu członków konsorcjum [za Marbruk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Charzykowach - przez osobę nie będącą prezesem spółki, wskazaną jednocześnie w drugim z pełnomocnictw jako pełnomocnik tej spółki] [str. 34-35 oferty].

2) drugie, udzielone przez Marbruk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Charzykowach [Prezesa tej spółki] osobie, która podpisała ofertę, zawierające umocowanie do „występowania w imieniu i na rzecz Marbruk Sp. z o.o. ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Konsorcjum”, które w pkt 1) zawiera umocowanie do „podpisania i złożenia Zamawiającemu oferty oraz wszelkich dokumentów, formularzy i oświadczeń niezbędnych do sporządzenia i złożenia Zamawiającemu oferty wspólnej Członków Konsorcjum na wykonanie zamówienia publicznego” [str. 36 oferty Odwołującego].

Dostrzeżenia wymaga, że na podstawie tych pełnomocnictw nie sposób wywieść uprawnienia osoby podpisanej na ofercie do tej czynności:

- jeśli źródłem tego uprawnienia miałyby być pierwsze pełnomocnictwo, ustanawiające Marbruk sp. z o.o. pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy – to widniejący na nim podpis osoby działającej za Marbruk sp. z o.o., nie będącej członkiem zarządu musi być oceniany przez pryzmat drugiego z pełnomocnictw, które umocowuje do działania za tę spółkę tę samą osobę [o zasadności takiego wniosku może przekonywać, że to drugie pełnomocnictwo zawiera umocowanie w pkt 4) do zawarcia umowy konsorcjum]. W takim jednak wypadku po ustaleniu - w następstwie tego pełnomocnictwa – Marbruk sp. z o.o. pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy, ofertę za ten podmiot powinna składać albo osoba reprezentująca Marbruk sp. z o.o. [jej zarząd] albo dodatkowo ustanowiony pełnomocnik. W takim bowiem wypadku, to drugie pełnomocnictwo – udzielone przez Marbruk sp. z o.o. wskazanej imiennie osobie nie może być uznane, skoro z niego należałoby wywodzić uprawnienie do podpisania pełnomocnictwa pierwszego a sekwencja zdarzeń musi być taka, że jeśli pełnomocnictwo ze str. 36 – to zawierające umocowanie dla osoby do działania za Marbruk sp. z o.o. i do ustanowienia tej spółki liderem konsorcjum, służyło do umocowania Marbruk sp. z o.o. liderem konsorcjum, to nie mogło jednocześnie

być pełnomocnictwem udzielonym w następstwie uczynienia Marbruk sp. z o.o. liderem konsorcjum.

- Jeśli zaś miałyby być odwrotnie – jeśli pełnomocnictwo udzielone przez Marbruk sp. z o.o. osobie podpisującej ofertę [to ze strony 36] miało być tym wystawionym przez Marbruk sp. z o.o. w następstwie uczynienia tego podmiotu liderem konsorcjum i po umocowaniu tej spółki w tym charakterze, to nie jest poprawne pierwsze pełnomocnictwo, to jest to, na podstawie którego oba podmioty uczyniły Marbruk sp. z o.o. ich pełnomocnikiem [pełnomocnictw ze str. 34-35 oferty], skoro w takim wypadku brak jest umocowania do podpisania za Marbruk sp. z o.o. tego pełnomocnictwa przez osobę widniejącą na dokumencie, nie będącą ani członkiem zarządu ani pełnomocnikiem umocowanym do tej czynności.

Tak czy inaczej, albo do pierwszej, albo do drugiej z tych czynności, konieczne byłoby dodatkowe pełnomocnictwo, udzielone przez Marbruk sp. z o.o.: jako lidera konsorcjum – na okres po uczynieniu tej spółki liderem konsorcjum, albo jako samodzielnego podmiotu – na okres przed wskazaniem lidera konsorcjum, dla wykazania umocowania osoby podpisującej za Marbruk sp. z o.o. pełnomocnictwa z art. 23 ust. 2 ustawy.

Zamawiający, pismem datowanym na 4 lutego 2015 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia brakującego dokumentu pełnomocnictwa, wskazując w wezwaniu, że wzywa do uzupełnienia oferty o brakujące pełnomocnictwo w formie oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie dla osoby podpisującej ofertę do reprezentowania firmy Aspergo M. D., jeżeli takie pełnomocnictwo zostało udzielone przed terminem składania ofert, wskazując w uzasadnieniu: *„Z pełnomocnictw dołączonych do oferty wynika, że Pan (...) posiada umocowanie do działania w imieniu tylko jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – firmy Marbruk sp. z o.o. W ofercie brakuje pełnomocnictwa od firmy Aspergo M. D. dla Pana (...) o treści analogicznej do treści pełnomocnictwa udzielonego przez firmę Marbruk sp. z o.o.”*

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił pełnomocnictwo podpisane przez Pana M. D., o zakresie przedmiotowym obejmującym m.in. podpisanie i złożenie oferty wobec Zamawiającego. W części nagłówkowej tego pełnomocnictwa wskazano jednak, że obejmuje ono umocowanie do działania w imieniu i na rzecz Marbruk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Tym samym, wskazane pełnomocnictwo nie może być traktowane jako wyrażające umocowanie do działania [podpisania i złożenia oferty] w imieniu drugiego z członków konsorcjum – Pana M. D. . Niezależnie

od powodów takiej właśnie treści tego pełnomocnictwa, nie można stwierdzić na jego podstawie, że wyraża ono umocowanie do złożenia oferty za tego członka konsorcjum. Z jego treści wynika bowiem wyraźnie, że wyraża ono umocowanie do działania w imieniu drugiego konsorcjanta.

Tym samym Odwołujący nie złożył takiego zestawu pełnomocnictw, które by pozwalały Zamawiającemu na ocenę, że ofertę podpisała osoba odpowiednio umocowana do tej czynności.

Dostrzeżenia następnie wymaga, że dorobkiem orzecznictwa jest spostrzeżenie, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za właściwe. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, zamawiający musiałby stać się rzecznikiem wykonawcy. Powyższe powoduje, że brak było podstaw do ponownego wezwania do uzupełnienia prawidłowego dokumentu pełnomocnictwa do złożenia oferty.

Reasumując, w świetle ustalonych okoliczności sprawy, nie sposób Zamawiającemu przypisać postulowanego w odwołaniu naruszenia przepisów w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *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].

Skład orzekający: