

Sygn. akt: KIO 94/18

WYROK

z dnia 30 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „RDF Sp. z o.o.” i Zarządcę masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji, ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Ostrołęka w imieniu i na rzecz którego działa Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Berka Joselewicza 1, 07-410 Ostrołęka**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Miasto Ostrołęka w imieniu i na rzecz którego działa Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „RDF Sp. z o.o.” i MPK Pure Home Sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji i odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawców oraz dokonanie powtórnego badania i oceny tej oferty, w tym dokonanie poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dodanie przy nazwie MPK Pure Home Sp. z o.o. sp. k. oznaczenia „w restrukturyzacji”**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Ostrołęka w imieniu i na rzecz którego działa Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Berka Joselewicza 1, 07-410 Ostrołęka i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „RDF Sp. z o.o.” i Zarządę masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji, ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Miasto Ostrołęka w imieniu i na rzecz którego działa Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Berka Joselewicza 1, 07-410 Ostrołęka** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „RDF Sp. z o.o.” i Zarządcy masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji, ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) poniesioną tytułem 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 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Gmina Miasto Ostrołęka w imieniu i na rzecz którego działa Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Miasta Ostrołęki z nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości zamieszkałe oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych z kontenerów ustawionych na terenie Miasta Ostrołęki. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 grudnia 2017 r. pod numerem 635013-N-2017.

W dniu 15 stycznia 2018 r. wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „RDF Sp. z o.o.” i Zarządca masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 14 ustawy Pzp i art. 65 Kodeksu cywilnego poprzez przyjęcie, że Odwołujący złożył ofertę niezgodną z ustawą, ponieważ jako jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie występuje MPK Pure Home sp. z o.o. sp. k. a nie MPK Pure Home sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami i została złożona przez właściwy podmiot, zgodnie z zasadami jego reprezentacji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta podlega odrzuceniu, podczas gdy Odwołujący spełnił wszystkie wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału w postępowaniu i jego oferta nie podlega odrzuceniu.

W przypadku przyjęcia przez Izbę, że Zamawiający miał podstawy, by uznać, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący zarzucił naruszenie:

3. art. 26 ust. 3a ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia pełnomocnictw, z których wynikałaby reprezentacja osoby podpisującej ofertę Odwołującego.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku przyjęcia, że Odwołujący w sposób nieprawidłowy oznaczył jednego z wykonawców składającego ofertę w postępowaniu (z czym Odwołujący się nie zgadza), Odwołujący zarzucił też naruszenie:

4. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w treści oferty Odwołującego polegającej na nieprawidłowym oznaczeniu MPK Pure Home sp. z o.o. sp. k. i pominięciu w firmie tego wykonawcy informacji o rozpoczętym postępowaniu restrukturyzacyjnym oraz o ustanowionym Zarządcy masy sanacyjnej, podczas gdy omyłka ta miała charakter oczywisty, co wprost potwierdzały złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, a także informacje, które Zamawiający mógł uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności z Krajowego Rejestru Sądowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. Zarzut dotyczący złożenia oferty niezgodnej z ustawą

Odwołujący zauważył, że z Informacji przekazanej przez Zamawiającego w decyzji o wykluczeniu Odwołującego i odrzucenia jego oferty wynika, że Odwołujący miał jakoby złożyć ofertą niezgodną z ustawą oraz że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do takiego twierdzenia Zamawiającego ma być rzekomo to, że członkiem konsorcjum składającego ofertą jest MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k., a nie Zarządca Masy Sanacyjnej MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. w restrukturyzacji.

Tymczasem, jak wskazał Odwołujący, z okoliczności sprawy jasno wynika, że intencją składającego ofertą w imieniu MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. było działanie w imieniu Zarządcy. Jest tak, ponieważ w wyjaśnieniach złożonych 3 stycznia 2018 r. wyraźnie wskazano, że: (I) w odniesieniu do MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. w restrukturyzacji otwarto postępowanie sanacyjne oraz ustanowiono Zarządcę w osobie K. & K. sp. z o.o. (pkt 2); (ii) tenże Zarządca udzielił p. S. pełnomocnictwa do udziału w postępowaniu (pkt 3 b)); (III) p. S. działa w oparciu o ww. pełnomocnictwo udzielone przez Zarządcę (pkt 3 a)). Odwołujący zaznaczył, że w żadnym miejscu wyjaśnień Odwołujący nie wskazywał, że p. S. działa w imieniu MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. (np. jako jej Prezes Zarządu), tj. z pominięciem Zarządcy. Wobec treści wyjaśnień było więc oczywiste, w jakim charakterze działa p. S. i skąd wywodzi swoje umocowanie. Zdaniem Odwołującego, w oparciu o ww. wyjaśnienia trudno dojść do innego

wniosku niż ten, że p. S. działał w Interesie Zarządcy MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. i że to Zarządca MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. wchodzi w skład Odwoływającego. Jak podkreślił Odwoływający, gdyby było inaczej, Zarządca nie udzieliłby pełnomocnictwa do złożenia niniejszego Odwołania niżej podpisanemu.

Odwoływający stwierdził, że takie rozumowanie znajduje oparcie w przepisach prawa. Skoro p. S. powołał się na pełnomocnictwo udzielone przez Zarządcę, to w świetle art. 95 § 2 k.c. jego działanie wywołało skutki bezpośrednio dla Zarządcy - a nie dla żadnego innego podmiotu. W tej sytuacji, jak zauważył, Odwoływający, w postępowaniu mamy do czynienia bezpośrednio z ofertą złożoną właśnie przez Zarządcę.

Ponadto, Odwoływający podniósł, że omyłkowe pominięcie dodatku „w restrukturyzacji” jest nieistotne z punktu widzenia prawidłowości postępowania. Sankcji takiego pominięcia nie przewiduje bowiem jakikolwiek przepis prawa, w tym zwłaszcza art. 66 ust. 2 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2017 r., poz. 1508 ze zm.). Odwoływający zaznaczył, że jest to spójne z zasadami działalności podmiotów w sanacji.

Odwoływający podał, że skoro ofertę złożył Zarządca (poprzez swojego pełnomocnika), to skutecznie zaciągnął on zobowiązanie na rachunek MPK Pure Home Sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji (art. 53 ust. 1 PrRes). Zarządca podmiotu, wobec którego otwarto postępowanie sanacyjne, zaciąga bowiem zobowiązania bezpośrednio ze skutkiem dla dłużnika w restrukturyzacji, mimo że działa w imieniu własnym. Jak zaznaczył Odwoływający, otwarcie restrukturyzacji nie wpływa na zdolność dłużnika do zaciągania zobowiązań (art. 66 ust. 1 PrRes), a zatem z oferty wynika zobowiązanie własne MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. w restrukturyzacji.

Odwoływający zauważył, że działanie pana S. doprowadziło - za pośrednictwem Zarządcy - do związania ofertą złożoną Zamawiającemu samej spółki MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. w restrukturyzacji. Faktycznie przecież to ta spółka - a nie Zarządca będący kancelarią doradców restrukturyzacyjnych - będzie wykonywać przedmiot zamówienia publicznego. Wobec powyższego, Odwoływający wywiódł, że błędne oznaczenie MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. w restrukturyzacji jest bez znaczenia - wiadomo przecież, jaki podmiot jest związany ofertą, a także że ofertę złożyła osoba upoważniona do zaciągania zobowiązań w jego imieniu. Odwoływający zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach z dnia 3 stycznia 2018 r. jasno wskazano, że MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. jest spółką w restrukturyzacji. Odwoływający stwierdził, że wniosek Zamawiającego, że nieważną ofertę złożyła sama MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. jest kontrfaktyczny i niezgodny z prawem.

Ponadto, jak wskazał Odwoływający, z pisma Zamawiającego dotyczącego wykluczenia Odwoływającego i odrzucenia jego oferty zdaje się wynikać (co jednak nie zostało

jednoznacznie określone), że Zamawiający twierdzi, że p. S. nie był uprawniony do reprezentacji MPK Pure Home sp. z o.o. sp.k. w restrukturyzacji, ponieważ jego pełnomocnictwo miało nie obejmować uprawnienia do składania ofert w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że gdyby taki miał być rzeczywiście zarzut Zamawiającego (jak wynika z treści decyzji Zamawiającego: Uzasadnienie nieważności umowy konsorcjum należy analogicznie odnieść do złożonej oferty), to jest on całkowicie nieuzasadniony.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści pełnomocnictwa z dnia 31 października 2017 r. udzielonego panu J. S. jednoznacznie wynika jego zakres. Jednoznacznie wskazano w nim bowiem, że pan S.:

- reprezentuje MPK Pure Home sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji oraz
- jest uprawniony do występowania w imieniu Zarządcy tego podmiotu „w zakresie wszystkich spraw związanych z postępowaniami przetargowymi, w tym prowadzonymi na podstawie Prawo Zamówień Publicznych”.

W ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że pan S. reprezentując Zarządcę MPK Pure Home sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji był uprawniony do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że uznać należy, że ofertę w postępowaniu złożyło Konsorcjum, w którego skład wchodzi RDF sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz Zarządca masy sanacyjnej MPK Pure Home sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji z siedzibą w Ostrołęce, które to Konsorcjum było i pozostaje prawidłowo reprezentowane.

2. Zarzut dotyczący rzekomego nie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty Odwołującego

Odwołujący dodał ponadto, że stanowisko Zamawiającego dotyczące rzekomej nieważności umowy konsorcjum, nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla jego decyzji dotyczącej wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest uprawniony do żądania umowy konsorcjum dopiero wtedy, gdy oferta wykonawców działających wspólnie zostanie wybrana. Z art. 23 ust. 4 ustawy Pzp wynika jednoznacznie, że nie daje on podstaw do żądania tej umowy wcześniej, np. wraz z ofertą lub w związku z badaniem treści oferty.

Ponadto, jak podał Odwołujący, jak się podkreśla w doktrynie, pomimo zezwolenia zamawiającemu na zgłoszenie żądania udostępnienia umowy regulującej współpracą wykonawców przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, nie zapisano, jakie konsekwencje może ponieść wykonawca, który nie spełni żądania. Nawet zatem na etapie

przed podpisaniem umowy, art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie daje podstaw do przyjęcia, że odmowa udostępnienia np. umowy konsorcjum może być podstawą uznania, iż wykonawca odmawia w ten sposób podpisania umowy o zamówienie publiczne. Tym bardziej, jak zaznaczył Odwołujący, nie jest możliwe wyciągnięcie konsekwencji w postaci odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania, gdyż postępowanie o zamówienie publiczne zostało zakończone z chwilą wyboru oferty. Nawet wówczas, tj. na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy zamawiający nie może ingerować w treść umowy konsorcjum ani jej oceniać.

Odwołujący stwierdził, że nawet w przypadku, w którym zamawiający - jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - dysponuje treścią umowy konsorcjum, to nie jest uprawniony do wyciągnięcia na jej podstawie jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego, umowa konsorcjum jest bowiem wewnętrznym dokumentem wykonawców wspólnie składających ofertę, a jej treść nie ma znaczenia dla zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, jedynym przypadkiem, w którym treść umowy konsorcjum można by ewentualnie uwzględnić przy badaniu treści oferty, jest sytuacja, gdy zamawiający korzysta z dyspozycji art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, który zezwala mu na określenie warunków realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie składających ofertę w sposób odmienny od realizacji zamówienia przez pojedynczego wykonawcę. Może on to uczynić co prawda tylko wtedy, gdy jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne, ale w rzeczywistości stanowi ingerencję zamawiającego w treść umowy łączącej wykonawców. Powinni oni bowiem uwzględnić w tej umowie warunki realizacji zamówienia określone przez zamawiającego, czyli np. fakt, iż zamawiający oczekuje realizacji określonych części zamówienia przez konkretnych uczestników oferty wspólnej (np. tych, których doświadczenie wykorzystywane było do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu). Jednak - jak się podkreśla w doktrynie - nawet wówczas, samo nieuwzględnienie w umowie konsorcjalnej wymagań zamawiającego nie powinno powodować dla wykonawców negatywnych skutków prawnych. Skoro nawet w takim przypadku nie można w stosunku do wykonawcy wyciągać takich skutków, to tym bardziej, zdaniem Odwołującego, nie ma podstaw do oceny umowy konsorcjum na etapie oceny ofert. Jak się wskazuje, w przypadku określenia warunków realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie składających ofertę w sposób odmienny od realizacji zamówienia przez pojedynczego wykonawcy przy równoczesnym braku takiego wskazania w umowie konsorcjum, zamawiający będzie jedynie (i aż) uprawniony do żądania zadość uczynienia jego wymogowi w trakcie realizacji zamówienia wykonawcy poprzez faktyczny podział prac przez członków konsorcjum.

Odwołujący wskazał, że stanowisko dotyczące braku wpływu treści umowy konsorcjum na badanie zgodności oferty z wymogami zamawiającego wynika również

z orzecznictwa. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1559/13.

Odwołujący zauważył ponadto, że Zamawiający nie wskazał w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu przedstawienia umowy konsorcjum lub jakichkolwiek innych elementów wskazujących na to, że zamierza badać jej treść. Zdaniem Odwołującego, badając treść oferty Odwołującego Zamawiający powinien był odnieść się wyłącznie do oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z ich treści wynika, że oferta Odwołującego jest ważna, a Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził również, że pozbawione uzasadnienia jest stanowisko Zamawiającego, że pełnomocnictwo udzielone panu G. S. z dnia 31 października 2017 r. nie upoważnia go do zawierania umowy konsorcjum. Jednoznacznie wskazano w nim bowiem, że pan S.:

- reprezentuje MPK Pure Home sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji oraz
- jest uprawniony do występowania w imieniu Zarządcy tego podmiotu „w zakresie wszystkich spraw związanych z postępowaniami przetargowymi, w tym prowadzonymi na podstawie Prawa Zamówień Publicznych”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści ww. pełnomocnictwa wskazano, że dotyczy ono „w szczególności” określonych działań. Wśród nich wymieniono uprawnienie do „zawierania umów w ramach udzielanych zamówień publicznych”.

Odwołujący wskazał, że umowa konsorcjum jest jedną z umów, które wykonawcy zawierają (lub mogą zawierać) w ramach uczestniczenia w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, jest to zatem jedna z umów zawieranych „w ramach” udzielanych zamówień, podobnie jak będą nią umowy z podwykonawcami. Nawet jednak, gdyby termin „w ramach” rozumieć bardzo wąsko - czego Zamawiający nie wyjaśnił w swoim piśmie - to przecież istotne dla określenia zakresu pełnomocnictwa jest jego ogólne postanowienie mówiące o tym, że obejmuje ono wszystkie sprawy związane z postępowaniami przetargowymi, w tym prowadzonymi na podstawie ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, zdaniem Odwołującego, że jedną ze spraw związanych z postępowaniem przetargowym jest sprawa dotycząca zawarcia umowy konsorcjum. Są to bowiem czynności podejmowane przez wykonawcę w normalnym, zwykłym zakresie dotyczącym udziału w przetargach - tak prywatnych, jak i publicznych. Zakres udzielonego panu S. pełnomocnictwa jest zatem bardzo szeroki i z całą pewnością nie ogranicza się tylko

i wyłącznie do zawarcia umowy z zamawiającym, ale do wszelkich czynności, które umożliwiają spółce MPK Pure Home sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji udział i uzyskanie zamówienia.

Taka wykładnia treści pełnomocnictwa odpowiada treści art. 65 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że dla oceny ważności oferty nie jest istotna treść umowy konsorcjum, a nawet, gdyby uznać, że należałoby ją brać pod uwagę - z czym Odwołujący się nie zgadza - to umowa ta została podpisana przez prawidłowo ustanowionego pełnomocnika MPK Pure Home sp. z o.o. sp. k. w restrukturyzacji w imieniu Zarządcy Masy sanacyjnej tej spółki.

3. Zarzut dotyczący zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia stosownych pełnomocnictw

Z ostrożności procesowej, Odwołujący podkreślił, że nawet, gdyby Zamawiający powziął wątpliwości co do umocowania pana S. lub pana S., to miał obowiązek wezwać Odwołującego do złożenia właściwych (w jego ocenie) pełnomocnictw.

Odwołujący podał, że jak się zasadnie wskazuje w doktrynie, przepisy art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, nakładają na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw. Jest to niewątpliwie zaleta tych przepisów, gdyż eliminuje uznaniowość i dowolność, co zapobiega naruszaniu zasady równego traktowania. Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu lub niewykazania braku podstaw wykluczenia (art. 24 ust 1 pkt 12), jeżeli nie zastosował wcześniej w tym zakresie art. 26 ust. 3. Zamawiający nie może odrzucić oferty z powodu jej nieważności (art. 89 ust. 1 pkt 8), jeżeli nie zastosował wcześniej wezwania o uzupełnienie brakującego pełnomocnictwa (art. 26 ust. 3a). W przepisie art. 26 ust. 3a użyto ogólnego pojęcia pełnomocnictwa. Precyzując to pojęcie należy stwierdzić, że w postępowaniach o zamówienie publiczne obowiązek wezwania obejmuje pełnomocnictwo do podpisania oferty oraz pełnomocnictwo do podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Obowiązek ten dotyczy także pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, czyli ustanawiającego reprezentanta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Odwołujący zaznaczył, że oferta Konsorcjum została złożona przez właściwe podmioty, a twierdzenie Zamawiającego o tym, że pomimo ewentualnego złożenia stosownych pełnomocnictw oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu, nie znajduje

podstaw prawnych, co zostało wyżej wykazane.

4. Zarzut dotyczący zaniechania poprawienia oczywistej omyłki w treści oferty

Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący wskazał, że nawet jeżeli by przyjąć (z czym Odwołujący się nie zgadza), że oferta Odwołującego zawierała nieprawidłowe oznaczenie jednego z wykonawców składających wspólną ofertę, tzn. że pominięto w firmie MPK Pure Home Sp. z o.o. sp. k. informację o rozpoczętym postępowaniu restrukturyzacyjnym oraz o ustanowionym Zarządcy masy sanacyjnej, to i tak należy uznać, że brak poprawienia tej omyłki stanowił zaniechanie ze strony Zamawiającego, które było niezgodne z treścią art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że ewentualna omyłka miała charakter oczywisty, co wprost potwierdzały złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, a także informacje, które Zamawiający mógł uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności z Krajowego Rejestru Sądowego. Stosowna informacja pobrana ze strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości na str. 6 wprost wskazuje na okoliczności, o których mowa powyżej, tj. na fakt wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego oraz na fakt ustanowienia Zarządcy masy sanacyjnej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu składania ofert informacja, o której mowa, była już uwzględniona w dokumencie, który Zamawiający mógł samodzielnie pobrać ze strony Ministerstwa Sprawiedliwości.

Zdaniem Odwołującego, zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w treści oferty Odwołującego doprowadziło w konsekwencji do odrzucenia jego oferty złożonej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty w postępowaniu,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę złożoną przez Odwołującego, dokumenty przekazane przez Odwołującego Zamawiającemu w dniach 2 i 3 stycznia 2018 r., jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba stwierdziła, mając na uwadze stan faktyczny przedmiotowej sprawy, że nie może być mowy o celowym działaniu Odwołującego nakierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Izba ustaliła, że w treści oferty złożonej przez Odwołującego istotnie jako podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia wskazano RDF Sp. z o.o. i MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. Oferta została podpisana przez pana J. S. jako prezesa zarządu obu ww. spółek. W ofercie tej nie wskazano, że otwarto postępowanie sanacyjne MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp.k. i wyznaczono Zarządcę masy sanacyjnej. Jednak już na wezwanie do złożenia dokumentów dokonane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący złożył Zamawiającemu Informację z Krajowego Rejestru Sądowego wg stanu na dzień 29 grudnia 2017 r., z której Zamawiający mógł dowiedzieć się, że Sąd Rejonowy w Białymstoku ustanowił zabezpieczenie majątku dłużnika przez ustanowienie tymczasowego nadzorca sądowego, oraz że jako Zarządcę ustanowiono K. & K. Sp. z o.o. reprezentowaną przez D. J. K. (Rubryka 6). Wraz z ww. dokumentem Odwołujący złożył również pełnomocnictwo udzielone przez Zarządcę masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. w restrukturyzacji pani E. R. . Izba wzięła pod uwagę, że ww. dokumenty zostały przekazane nie, jak twierdzi Zamawiający, dopiero na wezwanie do złożenia wyjaśnień, ale na wezwanie poczynione w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Przekazanie ww. dokumentów, jak też ich

treść, wskazują, że Odwołujący nie miał na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez ukrycie, że wobec MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. otwarto postępowanie sanacyjne i wyznaczono Zarządcę.

Okoliczności przedmiotowej sprawy wskazują, że na podstawie ww. złożonych w dniu 2 stycznia 2018 r. dokumentów, Zamawiający posiadał wiedzę o sytuacji, w jakiej znajduje się jeden z członków konsorcjum i wezwał Odwołującego pismem z dnia 3 stycznia 2018 r. do złożenia wyjaśnień. Odwołujący w tym samym dniu złożył wyjaśnienia, jak też przekazał Zamawiającemu:

- postanowienie Sądu Rejonowego w Białymstoku VIII Wydział Gospodarczy z dnia 7 września 2017 r. o otwarciu postępowania sanacyjnego dłużnika MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k., wyznaczeniu sędziego komisarza, odebraniu zarządu własnego dłużnikowi i wyznaczeniu zarządcy – K. & K. Sp. z o.o. reprezentowanej przez prezesa zarządu D. J. K.
- pełnomocnictwo udzielone w dniu 31 października 2017 r. przez Zarządcę masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. w restrukturyzacji na podstawie art. 293 Prawa restrukturyzacyjnego panu J. S.
- pełnomocnictwo udzielone w dniu 31 października 2017 r. przez Zarządcę masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. w restrukturyzacji na podstawie art. 293 Prawa restrukturyzacyjnego panu G. S.
- obwieszczenie opublikowane w Monitorze Sądowym i Gospodarczym
- umowę konsorcjum z dnia 12 grudnia 2017 r. zawartą pomiędzy RDF Sp. z o.o. a MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp.k.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że zarówno oferta, jak i umowa konsorcjum powinny zostać podpisane przez wyznaczonego Zarządcę masy sanacyjnej, jako że odebrano dłużnikowi zarząd własny majątkiem, jak też że przy firmie MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. powinno być dodane oznaczenie „w restrukturyzacji”. Jednak w przedmiotowej sprawie Zarządca udzielił pełnomocnictwa poszczególnym osobom do działania w jego imieniu. Udzielenie takiego pełnomocnictwa jest dopuszczalne na mocy art. 293 Prawa restrukturyzacyjnego.

Izba stwierdziła, że pan G. S. posiadał uprawnienie do zawarcia w imieniu Zarządcy masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. w restrukturyzacji umowy konsorcjum z RDF Sp. z o.o. Uprawnienie to Izba wywodzi z treści udzielonego panu S. w dniu 31 października 2017 r. przez Zarządcę masy sanacyjnej pełnomocnictwa. W pełnomocnictwie tym Zarządca, powołując się na art. 293 Prawa restrukturyzacyjnego umocował pana S. „do występowania w imieniu Zarządcy masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. w

restrukturyzacji przed urzędami, osobami prawnymi w zakresie wszystkich spraw związanych z postępowaniami przetargowymi, w tym prowadzonymi na podstawie Prawa Zamówień Publicznych”. Pełnomocnictwo to upoważniało pana S. „w szczególności do:

1. potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów składanych przez Spółkę w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
2. podpisywania ofert przetargowych wraz z wymaganymi przez Zamawiającego dokumentami;
3. podpisywania wszystkich dokumentów składanych przez spółkę w trakcie postępowania przetargowego;
4. zawierania w imieniu MPK Pure Home Sp. z o.o. SK umów, w ramach udzielanych zamówień publicznych.”.

Izba stwierdziła, że uprawnienie pana G. S. do zawarcia w imieniu Zarządcy masy sanacyjnej umowy konsorcjum wynikało już choćby z umocowania do „występowania w imieniu Zarządcy masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. w restrukturyzacji przed urzędami, osobami prawnymi w zakresie wszystkich spraw związanych z postępowaniami przetargowymi, w tym prowadzonymi na podstawie Prawa Zamówień Publicznych”. Zawarcie umowy konsorcjum, która ma na celu wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne na świadczenie określonej, wskazanej z nazwy w §1 umowy usługi, jest niewątpliwie sprawą związaną z postępowaniem przetargowym. Twierdzeniu temu nie może przeczyć okoliczność, na jaką zwrócił uwagę Zamawiający, że w pełnomocnictwie udzielonym w dniu 27 grudnia 2017 pani E. R. wskazano wprost na uprawnienie do zawierania w imieniu spółki umów konsorcjum. Zauważyć bowiem należy, że pełnomocnictwo to zostało udzielone przez inny podmiot, tj. RDF Sp. z o.o. i z tego faktu mogą wynikać różnice w sformułowaniu treści ww. pełnomocnictw. W tym miejscu wskazać należy, że za bezzasadne Izba uznała twierdzenia Odwołującego o braku podstaw do żądania przez Zamawiającego przedmiotowej umowy konsorcjum. Odwołujący umowę tę Zamawiającemu przekazał, a zatem mogła ona stać się podstawą do analizy przez Zamawiającego.

Izba doszła do przekonania, że również pełnomocnictwo udzielone w dniu 31 października 2017 r. przez Zarządcę masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. w restrukturyzacji panu J. S. uprawniało pana S. do podpisania oferty. Analogicznie, jak w przypadku pełnomocnictwa udzielonego panu G. S., Zarządca masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. w restrukturyzacji, powołując się na art. 293 Prawa restrukturyzacyjnego, udzielił panu J. S. – Prezesowi Zarządu pełnomocnictwa „do

występowania w imieniu Zarządcy masy sanacyjnej MPK Pure Home Sp. z o.o. Sp. k. w restrukturyzacji przed urzędami, osobami prawnymi w zakresie wszystkich spraw związanych z postępowaniami przetargowymi, w tym prowadzonymi na podstawie Prawa Zamówień Publicznych”. Pełnomocnictwo to upoważniało pana S. „w szczególności do:

1. potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów składanych przez Spółkę w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
2. podpisywania ofert przetargowych wraz z wymaganymi przez Zamawiającego dokumentami;
3. podpisywania wszystkich dokumentów składanych przez spółkę w trakcie postępowania przetargowego;
4. zawierania w imieniu MPK Pure Home Sp. z o.o. SK umów, w ramach udzielanych zamówień publicznych.”.

Z treści ww. pełnomocnictwa w sposób nie budzący wątpliwości wynika uprawnienie pana J. S. do podpisania oferty.

Izba zauważyła, że pełnomocnictwo do podpisania oferty przez pana J. S. powinno było zostać złożone wraz z ofertą bądź na wezwanie do przedstawienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a brak tego pełnomocnictwa stanowiłby podstawę do wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, jednak z uwagi na okoliczność, że Odwołujący pełnomocnictwo to przekazał Zamawiającemu w dniu 3 stycznia 2018 r., wzywanie wykonawcy do jego ponownego złożenia byłoby niecelowe.

Mając na uwadze opisane powyżej okoliczności, Izba stwierdziła, że czynności podpisania umowy konsorcjum będącej przedmiotem oceny w niniejszej sprawie przez pana G. S., jak też podpisania oferty przez pana J. S., nie naruszały przepisów prawa. Co za tym idzie, za nieprawidłową Izba uznała czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty.

Jednocześnie, z uwagi na dyspozycję art. 66 ust. 2 Prawa restrukturyzacyjnego, zgodnie z którym po wydaniu przez sąd postanowienia o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego przedsiębiorca występuje w obrocie pod dotychczasową firmą z dodaniem oznaczenia „w restrukturyzacji”, Izba uznała, że niezbędne jest poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez dodanie przy nazwie MPK Pure Home Sp. z o.o. sp. k. oznaczenia „w restrukturyzacji”. Izba uznała, że pominięcie oznaczenia „w restrukturyzacji” stanowi opuszczenie wyrazu wynikające z wady procesu myślowo-redakcyjnego. Izba uznała ww. pominięcie za omyłkę oczywistą, jako że obowiązek dodania oznaczenia „w restrukturyzacji” wynika z przywołanego powyżej przepisu prawa,

a wiedzę o owym uchybieniu Zamawiający mógł powziąć zarówno z treści dokumentów złożonych przez Odwołującego, jak i z ogólnodostępnych informacji, tj. z Krajowego Rejestru Sądowego i Monitora Sądowego i Gospodarczego.

Z uwagi na potwierdzenie się stawianych Zamawiającemu zarzutów, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący :