

Sygn. akt: KIO 963/14

POSTANOWIENIE
z dnia 21 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

w postępowaniu prowadzonym przez

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa rur powietrznych i wodnych w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy do _____” zostało wszczęte przez _____, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S _____) w dniu 14 lutego 2014 r.

W dniu 15 maja 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

_____, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołujący zarzucał „Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia trzech ofert złożonych przez następujących Wykonawców:
_____,
S..... G..... i P.....
Ł..... spółka jawna, _____ spółka jawna T..... S..... - ze względu na to, że ich treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.
2. art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w okolicznościach braku złożenia co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu, co nastąpiło na skutek zaproszenia do udziału w aukcjach elektronicznych Wykonawców wyżej wymienionych, których oferty powinny zostać odrzucone.”

Uwzględniając tak postawione zarzuty, Odwołujący wnosił „o uwzględnienie odwołania stwierdzając naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadań nr 5 i 6:

1. unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznych;
2. unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcjach elektronicznych;

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.”

Rozpoznawane odwołanie zostało wniesione w formie elektronicznej opatrzonej przez Panią bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Wraz z odwołaniem zostały złożone odpisy z KRS odnoszące się do każdego z dwóch konsorcjantów. Załączono do niego również dwa dokumenty pełnomocnictw, opatrzone odpowiednio datami 14 maja 2014 r oraz 15 maja 2014 r. Zgodnie z treścią pierwszego z nich

udzielało

„pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum firm (

)
w postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbą Odwoławczą, tj. do wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej”. Brak w powołanym dokumencie ustanowienia dla pełnomocnika prawa do udzielania substytucji. W drugim z powołanych dokumentów (opatrzonym datą 15 maja 2014 r.)

„udziela pełnomocnictwa do złożenia w Urzędzie Zamówień Publicznych odwołania” Pani

W ocenie Izby pełnomocnictwa przedstawione wraz odwołaniem uznać należy za wadliwe – nie wypływa bowiem z nich, aby Pani została skutecznie upoważniona do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym do wniesienia w ich imieniu do Prezesa Izby odwołania od czynności Zamawiającego. Zgodnie z art. 106 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121), który niewątpliwie znajdzie tu zastosowanie, pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Z uwagi na fakt, iż w rozpoznawanej sprawie uprawnienie takie nie wypływa ani z ustawy, ani ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa, szukać należy go w treści przedstawionego Izbie pełnomocnictwa z dnia 14 maja 2014 r. W dokumencie tym brak jednak wzmianki o wyposażeniu

..... w takie prawo. Tym samym uznać należało, iż z przedstawionych Izbie dokumentów wynika, że podmiot ten nie został upoważniony do ustanawiania dla swego mocodawcy (a tym samym dla pełnego składu konsorcjum będącego Odwołującym) innych pełnomocników. Stąd też Pani nie została należycie umocowana do wniesienie odwołania w imieniu wszystkich członków konsorcjum łącznie.

Izba uznała, iż w rozpatrywanym przypadku nie znajdują zastosowania przepisy art. 187 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.). Powołane przepisy odnoszą się do sytuacji, w której odwołujący w ogóle nie załączył do odwołania pełnomocnictwa. Przepis art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, jako niezachowanie warunku formalnego uzasadniającego wezwanie Wykonawcy do jego uzupełnienia, uwzględnia jedynie „niezłożenie pełnomocnictwa”. Podobnie przepis § 9 powołanego Rozporządzenia upoważnia Prezesa Izby do wezwania do usunięcia braków tylko w przypadku, gdy odwołanie nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2, w tym m.in. pełnomocnictwa. W ocenie Izby z literalnego brzmienia powołanych przepisów wynika, iż ustawodawca nie objął zakresem ich regulacji przypadku, gdy odwołujący dołączy do odwołania pełnomocnictwo, którego treść nie potwierdza umocowania do reprezentowania odwołującego przez osobę podpisującą się pod odwołaniem. Tym samym w ocenie Izby, w odniesieniu do rozpoznawanego odwołania, nie zachodziły okoliczności upoważniające Izbę do podjęcia czynności w oparciu o art. 187 ust. 7 ustawy Pzp.

Analogiczne stanowisko zajęła Izba m.in. w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 472/12, a także Sąd Okręgowy w Łodzi, który orzekł w sprawie skargi wniesionej wobec powołanego orzeczenia Izby (wyrok z dnia 4 czerwca 2012 r., sygn. akt X Ga 216/12). Sąd ten argumentował, że *„nie sposób bowiem założyć, aby w tym samym akcie prawnym ustawodawca wyłącznie przez niedbalstwo legislacyjne w jednym miejscu (art. 26 ust. 3 p.z.p.) odróżniał sytuację polegającą na nie złożeniu pełnomocnictwa od sytuacji polegającej na złożeniu wadliwego pełnomocnictwa, a w innym (art. 187 ust. 3 p.z.p.) rozróżnienia takiego nie uczynił, uznając, że pod pojęciem braku pełnomocnictwa mieści się też sytuacja polegająca na wadliwym pełnomocnictwie. Przepis art. 187 ust. 3 p.z.p. wymienia trzy grupy braków formalnych, które mogą zostać uzupełnione w drodze wezwania przez Prezesa Izby, przy czym sformułowanie «w szczególności» odnosi się wyłącznie do warunków, o których mowa w art. 180 ust. 3 p.z.p. [znajduje to dobitne potwierdzenie w treści § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, gdzie mowa jest o odwołaniu, które zawiera braki formalne, w szczególności z zakresu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 5-8, bądź nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2 – łącznik „bądź” wprowadza tu ostre rozróżnienie opisanych tu braków formalnych] Oznacza to, że inne braki zostały wymienione wyczerpująco. Skoro więc w wymienionym przepisie nie został wymieniony brak polegający na wadliwym pełnomocnictwie, to nie podlega on procedurze, o której mowa w art. 187 ust. 3 p.z.p. (odpowiednio § 9 w zw. z § 4 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Rady*

Ministrów z dnia 22 marca 2010 r.) (...) Inna sytuacja zachodzi w przypadku, gdy do odwołania nie jest w ogóle dołączone pełnomocnictwo. W takiej sytuacji nie można z góry założyć, że pełnomocnik przekracza umocowanie, dlatego zasadne jest żądanie uzupełnienia braków formalnych odwołania przez złożenie pełnomocnictwa.” Skład orzekający Izby w pełni podziela to stanowisko i uwzględnił je przy rozstrzygnięciu o rozpoznawanym odwołaniu.

Zauważyć należy, że odmienną wykładnię 187 ust. 3 ustawy Pzp przeprowadził Sąd Okręgowy w Gliwicach w orzeczeniu wydanym w sprawie X Ga 46/12, jednakże Izba, nie będąc związana treścią tegoż rozstrzygnięcia, była uprawniona do wyrażenia własnego poglądu. W ocenie Izby taka odmienna wykładania (tj. dopuszczająca możliwość uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa), wobec literalnego brzmienia powołanych przepisów ustawy Pzp oraz aktu wykonawczego do niej, nie znajduje w nich oparcia i może zostać uznana jedynie za postulat *de lege ferenda* odwołujący się do słuszności stanowionego prawa i funkcji jakie ma ono spełniać.

Na marginesie zauważyć również należy, że w sprawie o sygn. akt V Ca 2739/11 Sąd Okręgowy w Warszawie ustalił, iż wraz z rozpoznawanym odwołaniem złożone zostało odpowiednie pełnomocnictwo, a także odpis z KRS, który potwierdzał należycie, że w dacie udzielenia pełnomocnictwa osoby jej podpisujące były do tego uprawnione. Tym samym nie zachodziła konieczność roztrząsania jakiegokolwiek potrzeby uzupełniania dokumentów, z których wypływałoby umocowanie do działania w imieniu wykonawcy dla osoby, która odwołanie podpisała. I takie właśnie ustalenia stały się podstawą do zmienienia zaskarżonego postanowienia Izby wydanego w sprawie KIO 2119/11. W kontekście tegoż orzeczenia, zasadnym jest poczynienie spostrzeżenia, iż nie wydaje się uzasadnionym proste przełożenie ustalonych w orzecznictwie Sądu Najwyższego poglądów odnoszących się do regulacji art. 130 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101, z późn. zm.) na regulację uzupełniania braków formalnych zawartą w ustawie Pzp. Powołany art. 130 kodeksu postępowania cywilnego został bowiem sformułowany w sposób bardziej uniwersalny i pozwala na jego swobodniejszą interpretację, zaś treść art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, jak to słusznie zauważył w powoływanym orzeczeniu, Sąd Okręgowy z Łodzi *„wymienia trzy grupy braków formalnych, które mogą zostać uzupełnione w drodze wezwania”*. Podobnie stanowi § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, zgodnie z którym uzupełnieniu podlegają braki polegające na braku (odwołanie „nie zawiera dokumentów” – nie zaś, zawiera dokumenty wadliwe, tak jak to uregulowano w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) dokumentów, o których mowa

w § 4 ust. 2 tegoż rozporządzenia, tj. „*odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwa albo innego dokumentu potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego*”. Tym samym przepisy te wprost stanowią o obowiązku załączenia do odwołania m.in. opisu z KRS (o ile jest to właściwe). W powołanym orzeczeniu Sąd Okręgowy w Warszawie wywiódł zaś taki obowiązek z ogólnych zasad i poglądów orzecznictwa ustalonych na gruncie ustawy Kodeks postępowania cywilnego. Co istotne, w uzasadnieniu tego właśnie orzeczenia, Sąd Okręgowy w Warszawie nie odniósł się też wprost do zagadnienia złożenia wraz odwołaniem wadliwego pełnomocnictwa i dopuszczalności jego uzupełnienia w świetle przepisów ustawy Pzp, skupił się zaś na dopuszczalności przyjęcia odpisu z KRS za dokument mogący potwierdzać prawidłowość umocowania osób działających w imieniu wykonawcy.

Mając na uwadze dokonaną ocenę, Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony (osobę niemającą należytego umocowania do działania w imieniu podmiotów, w imieniu których występuje), stąd też podlega ono odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: