

Sygn. akt KIO/UZP 1425/08

WYROK
z dnia 19 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk – Mazuś
Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Lumena S.A., 02-053 Warszawa, ul. Reja 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** protestu z dnia 24 listopada 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Lumena S.A., 02-053 Warszawa, ul. Reja 6** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Lumena S.A., 02-053 Warszawa, ul. Reja 6,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: złote zero groszy) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,~~

- ~~3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Lumena S.A., 02-053 Warszawa, ul. Reja 6.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest **dostawa pn.** „Nabycie i udzielenie licencji na korzystanie z oprogramowania Desktop Professional EEL Lic/S.A. Pack MVL”, ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20.08.2008 r. nr 2008 / S 167-224600 (data wysłania ogłoszenia – 27.08.2008 r.).

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało doręczone wykonawcom, w tym **Odwołującemu – Lumena S.A. z siedzibą w Warszawie** przez **Zamawiającego – Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie** pismem z dnia 17.11.2008r.

Oferty z niżej podaną punktacją złożyli Wykonawcy:

Telex S.A. z siedzibą w Poznaniu	518,00 pkt
Lumena S.A. z siedzibą w Warszawie	674,38 pkt
Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie	700,00 pkt.

Jako ofertę najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na czynność Zamawiającego, Odwołujący wniósł w dniu 24 listopada 2008 r. protest i wobec jego oddalenia pismem z dnia 28 listopada 2008 r., wniósł w dniu 8 grudnia 2008 r. odwołanie, składając pismo w kancelarii UZP, jako wpływ bezpośredni.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, Odwołujący wskazał te same zarzuty i w zasadzie te same wnioski, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp oraz postanowień SIWZ, tj.:

- 1) art. 7 ust.1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 2 (a w istocie ust.1), art. 91 ust.1 i 2 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego Zbigniewowi P., który podpisał ofertę oraz poświadczał za zgodność z oryginałem kopie składanych dokumentów i parafował dokumenty stanowiące treść oferty
oraz
- 2) pkt 3.1.8. SIWZ przez przyjęcie oferty z nieważnym pełnomocnictwem, o którym mowa wyżej i nie uwzględnienie skutków nieważności określonych w art. 104 Kodeksu cywilnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Tadeusz D. będąc prokurentem spółki, a więc jej pełnomocnikiem ustanowionym przez zarząd, udzielił pełnomocnictwa Zbigniewowi P., działając łącznie z prezesem zarządu spółki Romanem M. O błędzie w udzielonym pełnomocnictwie, w ocenie Odwołującego, świadczy określenie zamieszczone w pełnomocnictwie „za Zarząd Fujitsu Siemens Computers”, pod którym prezes zarządu spółki Roman M. i prokurent Tadeusz D. złożyli swoje podpisy wraz z imiennymi pieczętkami wskazującymi ich funkcje w spółce.

Odwołujący uzasadniał, że pominięcie przy nazwie spółki określenia wskazującego oznaczenie formy prawnej podmiotu, stanowi o błędzie istotnym, bowiem nie wynika z określenia jaka to jest osoba, czy prawna, czy fizyczna, ponadto za zarząd tak określonego podmiotu nie mógł podpisać się prokurent spółki.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z zachowaniem wszelkich rygorów wynikających z ustawy,
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający rozstrzygając protest oddalił go w całości, uznając złożone przez Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pełnomocnictwo za prawidłowe czyniące zadość wymaganiom zawartych w przepisach dotyczących reprezentacji. Podniósł, że dokument powinien być odczytywany jako całość, gdyż o jego treści i kompletności nie świadczą wybiórczo zacytowane w proteście zdania. Podał, że uwzględniając treść wpisów zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym dotyczących reprezentacji, składu osobowego zarządu spółki oraz ustanowionych prokurentów, należy stwierdzić bezpodstawnosć twierdzenia Odwołującego o błędnie udzielonym

pełnomocnictwie. Pełnomocnictwo zostało udzielone właściwie - przez mocodawcę Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o., i działające w jej imieniu osoby – Romana M. prezesa zarządu i Tadeusza D. prokurenta, które złożyły pod treścią pełnomocnictwa podpisy. Sposób reprezentacji jest zgodny z danymi wpisanymi do KRS.

Na podstawie postępowania dowodowego, przeprowadzonego podczas rozprawy z dokumentów dostarczonych przez strony, w tym oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego - SIWZ, oferty wybranej jako najkorzystniejsza oraz wyjaśnień Odwołującego i Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ oferta Odwołującego uzyskała drugą w kolejności punktację i w przypadku uwzględnienia odwołania oraz wyeliminowania wybranej oferty Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o. z postępowania i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Istotę sporu wynikającą z postępowania odwoławczego stanowi, jako zarzut pierwszy - oznaczenie wykonawcy Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o., w pełnomocnictwie udzielonym Zbigniewowi P., jako podmiotu prawnego przez wskazanie jego nazwy bez oznaczenia formy prawnej (Fujitsu Siemens Computers, zamiast Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o.).

Drugim zarzutem jest podpisanie pełnomocnictwa pod określeniem „za Zarząd Fujitsu Siemens Computers”, obok Romana M. prezesa zarządu, przez Tadeusza D. prokurenta spółki.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W judykaturze i doktrynie przyjęto pogląd, że pełnomocnik posługujący się pełnomocnictwem ma obowiązek złożyć wraz z pełnomocnictwem dokument, z którego wynika uprawnienie osób, które udzieliły pełnomocnictwa do reprezentowania podmiotu udzielającego pełnomocnictwa, m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11.12.2006 r. I PK 124/06 (M.P.Pr. 2007/5/256).

W wybranej ofercie wykonawca złożył pełnomocnictwo z dnia 7 października 2008 r., którego wystawcą (zgodnie z oznaczeniem firmy zamieszczonym w lewym górnym rogu strony oraz stopce w dolnej części strony, stanowiącej str. 28 oferty) jest Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 4, 02–247 Warszawa. W treści pełnomocnictwa podano, że Roman

M. oraz Tadeusz D. działający jako wiceprezes zarządu oraz prokurent spółki pod firmą Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o. (Spółka) z siedzibą w Warszawie przy ul. Marcina Flisa nr 4 (w dalszej treści podano numer KRS, nazwę sądu prowadzącego rejestr,) ustanawiają Zbigniewa P. pełnomocnikiem do działania w zakresie określonym pełnomocnictwem. W końcowej części pełnomocnictwa sformułowanie poprzedzające podpisy brzmi „za Zarząd Fujitsu Siemens Computers”. Pod określeniem tym złożyli podpisy Roman M. prezes zarządu i Tadeusz D. prokurent.

W pełnomocnictwie trzykrotnie podano pełne nazwy podmiotu wraz z oznaczeniem formy prawnej i adresem spółki, a jeden raz użyto, w części wskazanej przez Odwołującego, samej tylko nazwy spółki bez wskazania oznaczenia jej formy prawnej.

Z KRS załączonego do oferty, stan na dzień 17.07.2008 r. Numer 0000039035 (str.7-13 oferty) wynika nazwa firmy, pod którą spółka działa - Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o., oznaczenie formy prawnej – spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Dział 1, Rubryka 1 – Dane podmiotu, pkt 1. i 3.). W Dziale 2, Rubryka 1 – Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu, w pkt 1 podano, że organem uprawnionym do reprezentowania spółki jest zarząd. W pkt 2. - Sposób reprezentacji podmiotu podano, że przy wieloosobowym zarządzie, co ma miejsce w tym przypadku, spółkę reprezentują dwaj członkowie zarządu łącznie lub członek zarządu łącznie z prokurentem. W Rubryce 3 – Prokurenci w pkt 1. podano, że Tadeusz Drewnowski jest prokurentem z ustanowioną prokurą łączną wespół z jednym członkiem zarządu.

Z powyższego wynika, że po pierwsze, pominięcie w jednym miejscu w treści pełnomocnictwa, oznaczenia formy prawnej spółki przy jej nazwie, gdzie w pozostałej części pełnomocnictwa kilkakrotnie podano tę nazwę łącznie z oznaczeniem formy prawnej, jednoznacznie wskazuje na podmiot prawny, który złożył ofertę, a więc wykonawcę Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W tym zakresie, w ocenie KIO, nie zachodzi potrzeba uzupełniania pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jak również brak jest podstaw do stwierdzenia, że pełnomocnictwo stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, czy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, jako niezgodnej z ustawą i której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Nie potwierdził się również drugi zarzut Odwołującego, dotyczący przedmiotowego pełnomocnictwa, sprowadzający się do twierdzenia, że Tomasz D., prokurent ustanowiony do łącznego działania z jednym członkiem zarządu w sprawach reprezentacji spółki, nie miał prawa udzielić pełnomocnictwa łącznie z prezesem zarządu, poprzez złożenie swego podpisu pod treścią „za Zarząd”.

Organem uprawnionym do reprezentacji spółki jest zarząd. Spółkę może reprezentować m.in. prokurent w sposób wyżej omówiony, zatem złożenie podpisu przez prokurenta pod treścią dokumentu stanowiącego o dokonanej czynności prawnej, co potwierdza określenie „za Zarząd”, jako reprezentanta tego podmiotu, nie stanowi naruszenia prawa, skutkującego konsekwencjami dla składającego oświadczenie woli.

Prokurent, występując w ramach reprezentacji łącznej, wspólnie z członkiem zarządu (organu), nie staje się organem spółki, ale działa jak organ (wspólnie z członkiem organu) – doktryna, M. Pazdan – artykuł Rejent 2003/12/9 (LEX, piśmiennictwo do art. 205 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych – Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

Odwołujący nie wskazał naruszenia żadnego przepisu prawnego dotyczącego udzielania pełnomocnictw, jak również składania oświadczeń woli przez prokurentów w zakresie udzielonego im umocowania. Nie wykazał również naruszenia przepisów ustawy Pzp i postanowień SIWZ wskazanych w odwołaniu, w szczególności przepisu nakazującego odrzucenie oferty w związku z jej nieważnością na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp).

W tym stanie rzeczy KIO orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....