

Sygn. akt: KIO 2569/12

WYROK
z dnia 6 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 23 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Zakłady Mechaniczne TARNÓW S.A., ul. Kochanowskiego 30, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Jednostka Wojskowa Nr 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa kontenera do zabudowy namiernika radiowego TCI” (znak D/241/09/2012)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego – Zakłady Mechaniczne TARNÓW S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje dokonanie powtórnie czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego, w tym nakazuje wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała pismo z dnia 30.10.2012 r. (znak HK/160/2012), jak również nakazuje dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyniku nakazanej powyżej czynności

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Jednostka Wojskowa Nr 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakłady Mechaniczne TARNÓW S.A., ul. Kochanowskiego 30, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego **Jednostka Wojskowa Nr 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** na rzecz Odwołującego **Zakłady Mechaniczne TARNÓW S.A., ul. Kochanowskiego 30, 33-100 Tarnów** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2569/12

Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa kontenera do zabudowy namiernika radiowego TCI” (znak D/241/09/2012).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 11.09.2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji WE.

W dniu 15.09.2012 r. ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE Nr 2012/S 178-292798.

W dniu **13.11.2012 r.** Zamawiający poinformował wykonawców m.in. o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23.11.2012 r.**, w którego treści Odwołujący wskazał, iż zaskarża w całości czynność zamawiającego Jednostki Wojskowej nr 4226 z dnia 13 listopada 2012 r., numer postępowania D/241/09/2012 r. unieważniającą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

I. Zaskarżonej czynności zarzucił naruszenie następujących przepisów:

a) art. 373 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm., dalej: „k.s.h.”) w zw. z art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm., dalej: „k.c.”) poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że oświadczenia wiedzy spółki objęte są treścią przepisu art. 373 § 1 k.s.h. w sytuacji gdy przepis dotyczy oświadczeń woli w rozumieniu art. 60 k.c. oraz poprzez postawienie znaku równości pomiędzy oświadczeniami woli a oświadczeniami wiedzy, oraz poprzez uznanie, że do składania oświadczeń wiedzy spółki akcyjnej konieczne jest działania członków Zarządu zgodnie z ustalonym sposobem reprezentacji;

b) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy u.p.z.p. poprzez brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia o

wymagane pełnomocnictwo w sytuacji gdy zanim zamawiający byłby uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., winien wyczerpać obligatoryjny tryb postępowania uregulowany w art. 26 ust. 3 p.z.p., ratio legis nakazuje ten tryb stosować dla poprawiania przeoczeń wykonawców, które są możliwe do wyeliminowania;

c) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 u.p.z.p. polegające na jego błędnym zastosowaniu poprzez uznanie istnienia podstaw do odrzucenia oferty w sytuacji gdy wykonawca udzielił niezbędnych wyjaśnień elementów składowych wyceny, żądanych pismem zamawiającego z dnia 29 października 2012 r. wniosek o wyjaśnienie elementów ceny, numer postępowania: D/241/09/2012, oraz przez zaniechanie faktycznego ustalenia czy wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę oraz poprzez bezpodstawne zobowiązanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy cena oferty odwołującego nie dawała podstaw do przypuszczeń, że jest to cena rażąco niska oraz poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu nie udzielenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy odwołujący żądane przez zamawiającego wyjaśnienia złożył, a treść tych wyjaśnień stała się zamawiającemu znana i była wystarczająca dla potwierdzenia, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

d) art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 u.p.z.p. poprzez jego zastosowanie pomimo braku podstaw do unieważnienia postępowania co skutkuje przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i nierówne potraktowanie Wykonawcy

e) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 u.p.z.p., przez unieważnienie postępowania niezgodnie z przepisami tej ustawy, w szczególności wskutek zaniechania rzetelnej i kompleksowej oceny wybranej oferty oraz wyjaśnień uzyskanych od wybranego wykonawcy w sprawie zgodności treści oferty z treścią zamówienia, jak również zaoferowanej ceny realizacji dostawy oraz poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

II. Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego, powtórzenie czynności badania i oceny oferty Wykonawcy, dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

III. Wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego określonych na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

1. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujący stan faktyczny:

Informacją o wynikach postępowania na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zawiadomił, że w postępowaniu na dostawę namiernika radiowego TCI unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 p.z.p. Ponadto Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Zakładów Mechanicznych „TARNÓW” S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w. zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.

W uzasadnieniu faktycznym podjętych czynności Zamawiający wskazał iż, pismem z dnia 29 października 2012 r., numer RTD 579/12/41/30.10.2012 r., wezwał Wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W określonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca złożył wyjaśnienia podpisane przez Pana C..... S..... - Dyrektora Handlowego. Dalej zamawiający określił sposób reprezentacji Wykonawcy wskazany w Krajowym Rejestrze Sądowym, zgodnie z którym w przypadku zarządu wieloosobowego do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka łącznie z prokurentem. W przypadku zarządu jednoosobowego do składania oświadczeń w imieniu spółki uprawniony jest jeden członek zarządu. Dalej Zamawiający wskazał, że sposób reprezentacji nie określa rodzaju oświadczeń, zarówno wiedzy jak i woli, do których składania w imieniu spółki uprawnieni są jedynie członkowie Zarządu. Następnie zamawiający powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt. KIO 1567/12 w jego ocenie Wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na cenę oferty. Wyjaśnienia zostały bowiem podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Ujawniony w KRS sposób reprezentacji wykonawcy, zgodnie z którym do składania oświadczeń woli i podpisywania w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem, nie reguluje sposobu reprezentacji spółki w sposób odmienny niż przewiduje to art. 373 § 1 k.s.h. Wskazany przepis stanowi o składaniu oświadczeń w imieniu spółki, a zatem przyjęć należy, iż chodzi tu zarówno o oświadczenia woli, jak i wiedzy. Z kolei sposób reprezentacji wykonawcy wskazuje na oświadczenia woli i podpisywanie w imieniu spółki, przy czym zarówno jedna jak i druga czynność wymaga łącznego współdziałania dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu z prokurentem. W oparciu o powyższe Zamawiający uznał, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zaś jego oferta podlega odrzuceniu.

2. W zakresie naruszenia art. 373 § 1 k.s.h. w zw. z art. 60 k.c. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z przepisem art. 373 § 1 k.s.h. jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania spółki określa jej statut. Jeżeli statut nie zawiera żadnych postanowień w

tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

Zgodnie z akceptowanym przez doktrynę i orzecznictwo poglądem w przepisie tym jest mowa o reprezentacji czynnej, która polega na składaniu oświadczeń woli w imieniu spółki (por. Kidyba A., Komentarz aktualizowany do art. 301-633 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U.00.94.1037). Komentarz aktualizowany do art.373 Kodeksu spółek handlowych, LEX/el., 2012, t. 1). Zatem do oświadczeń woli, o których mowa w art. 373 § 1 k.s.h. należy stosować przepis art. 60 k.c. w myśl którego z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Oświadczenia woli należy odróżniać w szczególności od oświadczeń wiedzy (np. tzw. uznanie niewłaściwe - art. 123 § 1 pkt 2 k.c., zawiadomienie o przelewie - art. 512, 515 k.c., zawiadomienie o wadzie - art. 563 k.c.), które nie są wyrazem woli powołania, zmiany lub zakończenia stosunku cywilnoprawnego. Artykuł 60 k.c. nie znajduje bezpośredniego zastosowania do tego rodzaju oświadczeń (wypowiedzi) podmiotów prawa cywilnego. W judykaturze przyjmuje się, że przepisy art. 60 i n. k.c. dotyczące formy i treści oświadczeń woli nie mają również zastosowania do oceny prawidłowości czynności procesowych (wyr. SN z dnia 8 lutego 2007 r., I CSK 406/06, Lex nr 274237, tak też Kidyba A. (red.), Gawlik Z., Janiak A., Jedliński A., Kopaczyńska-Pieczniak K., Niezbecka E., Sokołowski T., Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna. Komentarz do art.60 Kodeksu cywilnego, LEX, 2012, t. 14).

Pojęcie oświadczenia wiedzy nie zostało dotychczas normatywnie zdefiniowane a zatem jego prawnej charakterystyki należy poszukiwać w orzecznictwie i doktrynie. Stanowi ono akt wiedzy o określonych faktach. Oświadczenia wiedzy wykazują podobieństwo do zawiadomień, ich cechą wspólną jest to, że mają one charakter zdania w sensie logicznym, które może być prawdziwe albo fałszywe. Na gruncie prawa zamówień publicznych przykładem oświadczenia wiedzy są oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wyjaśnienia wykonawcy z art. 90 p.z.p. oraz potwierdzenie otrzymania informacji i innych postaci korespondencji z art. 27 ust. 2 p.z.p. Do zawiadomień należy przykładowo zaliczyć zawiadomienie o wyborze oferty oraz zawiadomienie o wniesieniu protestu.

W tym miejscu należy również zaznaczyć, że ugruntowane orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza składanie oświadczeń woli w rozumieniu art. 60 k.c. przez inne osoby zatrudnione w strukturach osoby prawnej. Przykładowo Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 maja 2003 r. (syng. akt II CKN 46/01, LEX nr 121714), stwierdził, iż „zatrudnienie w

strukturze osoby prawnej pracownika na określonym stanowisku (np. przedstawiciel handlowy) wiąże się z udzielonym - w sposób wyraźny lub nawet tylko dorozumiany - umocowaniem do dokonywania określonych czynności prawnych w imieniu pracodawcy. (...) Za szczególny wypadek dorozumianego pełnomocnictwa uznać należy umocowanie płynące z przydzielenia kompetencji wynikających ze struktury osoby prawnej dla osób zajmujących się określonymi sprawami w określonej jednostce strukturalnej tej osoby prawnej. Również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2001 r. (syng. akt. I CKN 323/99, LEX nr 50057), potwierdza powyższe wskazując, iż zatrudnienie na stanowisku, z którym wiąże się wystawianie faktur zawierających wezwanie ich płatników do zapłaty w określonym terminie, jest równoznaczne z udzieleniem przez pracodawcę stałego pełnomocnictwa do dokonywania tych czynności

Zdaniem Odwołującego skoro zatem odpuszczalne jest składanie oświadczeń woli w imieniu osoby prawnej przez inne osoby niż członkowie Zarządu, to tym bardziej należy uznać za dopuszczalne składanie w imieniu osoby prawnej oświadczeń wiedzy.

Ponadto wbrew pogładowi Zamawiającego, skuteczności tego oświadczenia nie podważa fakt podpisania go nie przez osoby powołane do reprezentowania powódki jako osoby prawnej, ale przez pracownika jej działu handlowego, do zakresu obowiązków którego należało dokonywanie takich czynności. Zatrudnienie go przez powódkę na stanowisku, z pełnieniem którego wiązało się określanie oferowanych kontrahentom cen oraz obsługa w tym zakresie postępowań przetargowych, jest bowiem równoznaczne z udzieleniem mu stałego pełnomocnictwa do dokonywania tych czynności. Należy zauważyć, że taka też jest praktyka przedsiębiorców. Nieracjonalne, godzące w płynność obrotu byłoby wymaganie od nich działania w tym zakresie przez osoby powołane do ich reprezentacji jako osób prawnych, zwłaszcza gdy dotyczyłoby to przedsiębiorstw o znacznych rozmiarach, których działalność wymaga ustalania setek o ile nie tysięcy ofert handlowych i ceny (tak SN w ww. orzeczeniu z dnia 23.10.2001 r.). Przy innym założeniu jakiegokolwiek czynności dokonywane przez osobę prawną w ramach prowadzonej działalności, czy to mające charakter oświadczeń woli czy oświadczeń wiedzy, musiałyby być wykonywane każdorazowo przez osoby upoważnione do ich reprezentacji. W skrajnych przypadkach prowadziłoby to do tego, że każda korespondencja począwszy od wystawiania faktur a skończywszy na zwykłych zamówieniach musiałaby być podpisywana przez uprawnionych członków Zarządu.

Tym samym oświadczenia wiedzy nie wymagają złożenia przez osoby uprawnione do reprezentacji zgodnie z KRS (por. też wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2007-06-22, UZP/ZO/0-720/07, w którym przyjęto: „Za nieuzasadnione należy przyjąć stanowisko Zamawiającego, iż referencje stanowią oświadczenia woli, co powoduje wymóg złożenia ich przez osoby uprawnione do reprezentacji zgodnie z KRS, albowiem referencje stanowią oświadczenia wiedzy”, wyrok Zespołu Arbitrów' z dnia 2007-04-27, UZP/ZO/0-492/07 „oświadczenie wiedzy

może wydać każda osoby, która posiada stosowne informacje, a dokument taki, jako dokument prywatny, podlega każdorazowej ocenie". por. też wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2007-08-10, UZP/ZO/0-977/07. dostępne: <http://szukio.pl/>).

Odnosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić zatem należy, że złożenie oświadczenia wiedzy Wykonawcy stanowiącego odpowiedź na „wniosek o wyjaśnienie elementów ceny” nie tylko było dopuszczalne przez pracownika Wykonawcy merytorycznie odpowiedzialnego za cenę ale wręcz konieczne z uwagi na fakt posiadanej wiedzy, kwalifikacji oraz zakres obowiązków. Tym samym pismo Zakładów Mechanicznych „Tarnów” S.A. z dnia 30 października 2012 r. znak: HK/160/2012 podpisane przez Pana C..... S..... - Dyrektora Handlowego Wykonawcy, stanowiło prawidłowo złożone oświadczenie wiedzy Wykonawcy.

Zamawiający stawiając znak równości pomiędzy oświadczeniami wiedzy oraz oświadczeniami woli, o których mowa w art. 373 § 1 k.s.h. dopuścił się rażącego naruszenie tego przepisu w zw. z art. 60 k.c.

Ponadto nawet gdyby postawić znak równości pomiędzy oświadczeniem woli a oświadczeniem wiedzy, to zgodnie z przytoczonym wyżej orzecznictwem, złożenie takiego oświadczenia dopuszczalne jest również przez pracownika spółki. Wskazać również należy, że Zamawiający pismem z dnia 29 października 2012 r. wnosił o wyjaśnienie elementów ceny a nie o złożenie oświadczenia woli co do jej wysokości. Z pewnością takowe wyjaśnienie nie musiało być podpisane zgodnie ze sposobem reprezentacji z KRS.

3. W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, dlatego jego oferta podlega odrzuceniu. Za podstawę takiego rozstrzygnięcia Zamawiający przyjął art. 89 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. Jak wyżej wskazano Zamawiający uznał, iż wyjaśnienie Wykonawcy z dnia 30 października 2012 r. znak: HK/160/2012 nie spełnia wymogów formalnych z uwagi na brak upoważnienia Pana C..... S..... - Dyrektora Handlowego do wykonywania w imieniu Wykonawcy czynności w ramach prowadzonego postępowania przetargowego.

Zakładając nawet prawidłowość ww. stanowiska Zamawiającego (czemu Wykonawca zaprzecza o czym mowa w pkt. 2 niniejszego odwołania), to stwierdzić trzeba, że wykonawca dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 u.p.z.p. zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w

wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem zanim zamawiający byłby uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., winien wyczerpać obligatoryjny tryb postępowania uregulowany w art. 26 ust. 3 p.z.p. Ratio legis nakazuje ten tryb stosować dla poprawiania przeoczeń wykonawców, które są możliwe do wyeliminowania. Każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być bowiem poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p., w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2011 r., KIO 1317/11, LEX nr 863169, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2688/10, LEX nr 707596). Ponadto zaznaczyć należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2010 r. KIO 2688/10, LEX Polonica nr 2447512) W trybie art. 26 ust. 3 mogą być uzupełniane także dane dotyczące pełnomocnictwa, polegające na ich nieprzedłożeniu w ogóle bądź przedłożeniu, ale z brakami. Pełnomocnictwo powinno wówczas zawierać datę z chwili jego udzielenia (wystawienia). Data i pełnomocnictwo mają wówczas charakter deklaratoryjny (por. Stefan Babiarczyk, Zbigniew Czarnik, Paweł Janda Prawo zamówień publicznych komentarz, Komentarz do art. 26 Prawo zamówień publicznych, LEX Polonica 2011, t. 7).

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że nawet przy założeniu, że Pan C..... S..... - Dyrektor Handlowy musiał dysponować specjalnym pełnomocnictwem do reprezentowania Wykonawcy w zakresie składania oświadczeń wiedzy, to obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia złożonych przez niego wyjaśnień z dnia 30 października 2012 r. o stosowne pełnomocnictwo. Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. była stanowczo przedwczesna.

Tym samym Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty na tym etapie postępowania. Takie działania Zamawiającego stanowią rażące naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p.

4. W odniesieniu do naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 u.p.z.p. oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 3 u.p.z.p. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, iż powyżej wskazane uchybienia Zamawiającego doprowadziły do bezzasadnego zastosowania przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 u.p.z.p. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p. poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania. Skutkiem czego było również ewidentne naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jak wskazał Odwołujący niezależnie od powyższego stwierdzić bowiem trzeba, że Wykonawca spełnił wszystkie warunki wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ.

W dalszej części uzasadnienia podniósł, iż oferta Wykonawcy Zakłady Mechaniczne „Tarnów” S.A. zawierała najniższą cenę, co zgodnie z treścią SIWZ Rozdział XIII pkt 2, czyniło ją ofertą najkorzystniejszą. Wobec wątpliwość w zakresie zaproponowanej ceny Wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia pismem z dnia 30 października 2010 r., znak: HK/160/2012, potwierdzając fakt rzetelnego obliczenia ceny. Podejrzenia o rażąco niskiej cenie zatem zostały w całości wyjaśnione.

Ponadto czynności Zamawiającego dokonane w dniu 13 listopada 2012 r. pozostają nie tylko w sprzeczności z obowiązującymi przepisami ale również, ze stanem faktycznym sprawy. W ocenie Odwołującego wielokrotnie bowiem w trakcie przeprowadzonych rozmów telefonicznych informowano Wykonawcę, iż jego cena jest najniższa i najkorzystniejsza wymaga jedynie wyjaśnienia a ogłoszenie komisji jest tylko kwestią czasu. Ponadto na spotkaniu w dniu 9 października 2012 r. w siedzibie Zamawiającego JW. 4226 w Warszawie, przekazano oryginał pisma z dnia 30 października 2010 r., znak: HK/160/2012. Zachowanie Zamawiającego zatem potwierdzało fakt, iż oferta Zakładów Mechanicznych „Tarnów” S.A. jest ofertą najkorzystniejszą i nie będzie podlegać odrzuceniu.

Dowód: zeznania świadka Tomasz K. oraz Mariusz R. wezwanie na adres oraz świadka Sebastiana L. pracownika Zamawiającego - wezwanie na adres siedziby Zamawiającego na ww. okoliczności

Niezależnie od przedstawionych powyżej okoliczności potwierdzających nieprawidłowości czynności Zamawiającego podjętych w toku przedmiotowego postępowania przetargowego, Wykonawca oświadcza, iż Pan C..... S..... - Dyrektor Handlowy dysponuje i dysponował na dzień 30 października 2012 r. tj. na dzień składnia wyjaśnień elementów składowych ceny, stosownym pełnomocnictwem, którego egzemplarz przedstawiam w załączeniu.

Reasumując czynności zamawiającego unieważniająca przedmiotowe postępowanie oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego, jako sprzeczne z obowiązującymi przepisami powinny być unieważnione, postępowanie przetargowe powinno być przeprowadzone ponownie, a w jego toku winna być wybrana oferta najkorzystniejsza.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, z ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania ze względu na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający swój wniosek wskazując na treść pełnomocnictwa, na podstawie którego wniesiono odwołanie. Izba ustaliła, iż odwołanie zostało podpisane przez pana Grzegorza J. – radcę prawnego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24.08.2012 r. upoważniającego do reprezentowania przedsiębiorstwa Odwołującego we wszystkich sprawach dotyczących jego działalności, w tym innymi organami wymiaru sprawiedliwości podpisanego przez K..... J..... oraz W..... G..... – członków Zarządu Spółki upoważnionych do jej łącznej reprezentacji. Izba postanowiła

oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania wskazując, iż z treści dołączonego wraz z odwołaniem pełnomocnictwa wynika szeroki zakres uprawnień dla pełnomocnika, w tym obejmujący wszelkie sprawy dotyczące działalności przedsiębiorstwa oraz reprezentację spółki przed innymi organami wymiaru sprawiedliwości. W ocenie Izby czynność wniesienia odwołania należy uznać za czynność związaną z działalnością przedsiębiorstwa Odwołującego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnosząc odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie, ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co przesądza o tym, iż doznał uszczerbku jego interes kwalifikowany możliwością poniesienia szkody. W niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena – 100%, zaś Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną wynoszącą 392.954,25 zł brutto. Drugi z wykonawców został wykluczony z postępowania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami, oferty złożonej przez Odwołującego oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Izba oddaliła dowód w postaci zeznań świadków – pana Tomasza K., Mariusza R. oraz świadka Sebastiana L. Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, iż zawnioskowany w treści odwołania dowód z przesłuchania świadków miał dotyczyć okoliczności, że odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną oraz faktu, iż zamawiający wiedział skąd wzięła się cena zaoferowana przez odwołującego. Ponadto wskazał, iż dowód z zeznań świadków miał również wskazywać na podstawy oraz elementy wyliczenia ceny. Jednakże odpowiadając na rozprawie na pytanie wskazał, iż wyjaśnienia złożone pismem z dnia 30.10.2012 r. obejmują powyższe informacje i są tożsame z tezą dowodową, zaś teza ta nie ma na celu wyjście poza informacje zawarte w wyjaśnieniach.

Wskazał, że dowody te mają znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ze względu na podniesiony przez zamawiającego zarzut braku odniesienia się w ustawowym terminie do wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny. Dowód z zeznań świadków miałby wskazywać na

okoliczności jakimi kierował się odwołujący. Precyzując na rozprawie tezę dowodową i wykazując związek okoliczności mających być wykazanymi wnioskowanymi dowodami z podniesionymi w odwołaniu zarzutami wskazał, iż dowody te miałyby wskazywać okoliczność, iż wykonawca był informowany, że jego cena jest najkorzystniejsza i to, iż ogłoszenie wyników przetargu jest tylko kwestią czasu oraz na okoliczność braku zaskarżenia czynności zamawiającego z dnia 29.10.2012 r. tj. wniosek o wyjaśnienie elementów ceny.

Izba postanowiła oddalić na podstawie art. 190 ust. 5 i 6 ustawy Pzp wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków jako zgłoszony jedynie dla zwłoki. Izba wskazuje ponadto, iż okoliczności mające zostać wykazane powyższymi dowodami zostały już stwierdzone innymi dowodami (pismo z dnia 30.10.2012 r. – wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej) oraz nie wymagają one dowodu, gdyż zostały w części przyznane w toku postępowania przez Zamawiającego (fakt, iż odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną). W pozostałym zakresie brak jest związku okoliczności objętych tezą dowodową z przedstawionymi w odwołaniu zarzutami.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest dostawa 5 sztuk kontenerów do zabudowy namiernika radiowego TCI.

W ramach przedmiotowego postępowania oferty złożyło dwóch wykonawców. Wykonawca CENTREX Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną ofertową 861.000,00 zł brutto oraz wykonawca Zakłady Mechaniczne TARNÓW S.A. z siedzibą w Tarnowie z ceną ofertową wynoszącą 392.954,25 zł brutto.

Izba wskazuje, iż pismem z dnia 29 października 2012 r., numer RTD 579/12/41/30.10.2012 r. Zamawiający, wezwał Wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – wyznaczając Odwołującemu termin do dnia 02.11.2012 r.

W określonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący złożył w piśmie z dnia 30.10.2012 r. wyjaśnienia podpisane przez Pana C..... S..... - Dyrektora Handlowego. W powyższych wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił opis elementów składowych kontenera wraz z technologią jego wykonania oraz kosztami związanymi z poszczególnymi etapami realizacji zamówienia. Wskazał w powyższym piśmie, iż wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 13.11.2012 r. zatytułowanym „Informacja o wynikach postępowania” poinformował wykonawców m.in., iż unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym dla powyższej czynności wskazał, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający wskazał ponadto, iż w postępowaniu złożono dwie oferty, z tym że oferta wykonawcy CENTREX Spółka z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W odniesieniu do Odwołującego Zamawiający podniósł, iż jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W dalszej części powyższego pisma Zamawiający przedstawił uzasadnienia faktyczne wskazując na sposób reprezentacji Wykonawcy wskazany w Krajowym Rejestrze Sądowym, zgodnie z którym w przypadku zarządu wieloosobowego do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka łącznie z prokurentem. W przypadku zarządu jednoosobowego do składania oświadczeń w imieniu spółki uprawniony jest jeden członek zarządu. Dalej Zamawiający wskazał, że sposób reprezentacji nie określa rodzaju oświadczeń. zarówno wiedzy jak i woli, do których składania w imieniu spółki uprawnieni są jedynie członkowie Zarządu. Następnie zamawiający powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt. KIO 1567/12 w jego ocenie Wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na cenę oferty. Wyjaśnienia zostały bowiem podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Ujawniony w KRS sposób reprezentacji wykonawcy, zgodnie z którym do składania oświadczeń woli i podpisywania w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem, nie reguluje sposobu reprezentacji spółki w sposób odmienny niż przewiduje to art. 373 § 1 k.s.h. Wskazany przepis stanowi o składaniu oświadczeń w imieniu spółki, a zatem przyjąć należy, iż chodzi tu zarówno o oświadczenia woli, jak i wiedzy. Z kolei sposób reprezentacji wykonawcy wskazuje na oświadczenia woli i podpisywanie w imieniu spółki, przy czym zarówno jedna jak i druga czynność wymaga łącznego współdziałania dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu z prokurentem. W oparciu o powyższe

Zamawiający uznał, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zaś jego oferta podlega odrzuceniu.

Na powyższą czynność odwołujący w dniu 23.11.2012 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 373 § 1 ustawy Kodeks spółek handlowych w związku z art. 60 ustawy Kodeks cywilny Izba wskazuje, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odnosząc się do, podniesionego na etapie rozprawy, wniosku Zamawiającego postulującego pozostawienie powyższego zarzutu bez rozpoznania, ze względu na fakt, iż przepisy art. 373 § 1 ustawy Kodeks spółek handlowych oraz art. 60 ustawy Kodeks cywilny na mocy art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą stanowić zarzutu, nie uwzględniła powyższego wniosku. Po pierwsze należy wskazać, iż przedmiotem zarzutu dookreślonym przez Odwołującego są czynności Zamawiającego, zaś powyższe przepisy zostały wskazane jako normy prawne stanowiące wzorzec kontroli dla dokonanych przez Zamawiającego czynności.

Należy bowiem wskazać, iż na mocy odesłania zawartego w art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej, zaś z art. 38 ustawy Kodeks cywilny wynika, że osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i opartym na niej statucie. Użyte w powyższym przepisie pojęcie „w ustawie” należy odnosić do każdego aktu prawnego rangi ustawowej regulującego sposób reprezentacji poszczególnych podmiotów. Dla spółek kapitałowych, w tym spółki akcyjnej, aktem tym jest Kodeks Spółek handlowych oraz ogólne przepisy ustawy Kodeks cywilny odnoszące się do reprezentacji oraz prokury. Ustawa Pzp nie zawiera szczególnych unormowań w przedmiocie reprezentacji spółek kapitałowych – zatem w tym zakresie zastosowanie mają wprost przepisy ustawy Kodeks cywilny i ustawy Kodeks spółek handlowych na mocy odesłania z art. 14 ustawy Pzp. Jeżeli zatem podstawą czynności Odwołującego i w konsekwencji Zamawiającego, który wszakże z przepisów Kodeksu spółek handlowych wyprowadził wniosek o bezskuteczności oświadczenia złożonego przez Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, mogą one sadowić przedmiot zarzutów, gdyż stały się podstawą prawną czynności dokonanej przez podmiot zamawiający. Przepisy te stają się wskutek tego częścią systemu zamówień publicznych i regulują wprost

czynności podejmowane przez wykonawcę będącego osobą prawną – w tym wypadku akcyjną spółką kapitałową.

W tym miejscu Izba wskazuje na ogólną tezę wyrażoną w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2011 r. (sygn. akt III CZP 28/11), gdzie zostało wskazane, że: „Należy przy tym pamiętać, co podkreśla się także w piśmiennictwie poświęconym technice prawodawczej, że rola kodeksów sprawia, iż – mimo braku prawidłowego odesłania w ustawie – ich przepisy i tak mają zastosowanie, wprost lub odpowiednio, jeżeli przepisy tej ustawy należą do danej, skodyfikowanej gałęzi prawa”. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż ustawa Pzp reguluje specyficzny i wysoce sformalizowany proces zmierzający do zawarcia umowy cywilnoprawnej, zaś sam ustawodawca takiego odesłania dokonał w jej treści – a zatem nawet w przypadku braku takiego odesłania przepisy te „wchodziłyby” niejako samoistnie do systemu prawa zamówień publicznych wypełniając lukę regulacyjną w zakresie sposobu reprezentacji spółek kapitałowych. Każde inne podejście do tego zagadnienia prowadziłoby do wniosku o istnieniu w ustawie Prawo zamówień publicznych luki regulacyjnej. Należy wskazać również, iż zasady techniki prawodawczej nie dopuszczają tworzenia „konkurencyjnych” norm prawnych jeżeli określona materia została całościowo skodyfikowana w innych aktach normatywnych – regulujących daną gałąź prawa.

Nie jest również prawdą, jak wskazał na rozprawie Zamawiający, że Odwołujący nie wskazał naruszenia przepisów ustawy Pzp powiązanych z wskazanymi przepisami ustawy Kodeks spółek handlowych oraz ustawy Kodeks cywilny. W pkt 4 uzasadnienia odwołania podniósł bowiem, iż „powyżej wskazane uchybienia Zamawiającego doprowadziły do bezzasadnego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 u.p.z.p. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p. poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania”. Uznając, odrzucenie oferty Odwołującego i unieważnienie postępowania, za czynności wynikowe to one stanowią zasadniczy zarzut, będący li tylko konsekwencją zastosowania przez Zamawiającego uregulowań w zakresie reprezentacji spółek kapitałowych. Taka teza daje się również wyprowadzić z uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o pozostawienie ich bez rozpoznania.

Odnosząc się do powyższych zarzutów Izba wskazuje, iż wyjaśnienia składane przez wykonawcę w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter oświadczenia wiedzy. Są one bowiem elementem wtórnym w odniesieniu do oświadczenia woli, jakim jest oferta. Odnoszą się one bowiem do sposobu skalkulowania wynagrodzenia, za które wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia. Za powyższym przemawia również treść normy prawnej wyrażonej w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje jakiego rodzaju

informacje mogą stanowić przedmiot wyjaśnień podlegający ocenie Zamawiającego. Są to informacje zawierające wyjaśnienia w zakresie składników cenotwórczych, a więc odnoszą się do określonych faktów mających wpływ na skalkulowania wynagrodzenia i tym samym wyjaśnienia zawierające tego rodzaju elementy są oświadczeniami wiedzy.

Wskazana jako wzorzec kontroli norma wyrażona w art. 373 § 1 ustawy Kodeks spółek handlowych wskazuje, że jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania spółki określa jej statut. Jeżeli statut nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

W odniesieniu do powyższego przepisu wskazać należy, iż nie zawiera on dookreślenia do jakiego rodzaju oświadczeń, składanych w imieniu spółki, odnosi się regulując sposób reprezentacji spółki akcyjnej.

Należy również wskazać, iż dołączony wraz z ofertą Odwołującego odpis aktualny z rejestru KRS z dnia 12.10.2012 r. w Dziale 2 – Rubryce 1 – Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu w pkt 2 zatytułowanym „Sposób reprezentacji podmiotu”, który winien być odzwierciedleniem treści statutu spółki akcyjnej, również nie dookreśla rodzaju oświadczeń dla składania których reguluje sposób reprezentacji. Należy zatem wskazać, iż powyższa regulacja, dla zarządu wieloosobowego, jest tożsama z regulacją zawartą w art. 373 § 1 ustawy Kodeks spółek handlowych. Tym samym, ze względu na brak wyraźnego doprecyzowania, postanowienia statutu ujawnione w rejestrze KRS w zakresie sposobu reprezentacji przedsiębiorstwa Odwołującego należy odnieść zarówno do oświadczeń woli, jak również oświadczeń wiedzy.

Ustawa Kodeks spółek handlowych w art. 368 § 1 przyznaje zarządowi prawo prowadzenia spraw spółki i reprezentowania spółki, a więc podejmowania w szerokim zakresie czynności zarządczych, w tym przyjmowania oświadczeń woli i wiedzy, dokonywania czynności faktycznych, przekazywania informacji, składania oświadczeń woli i wiedzy w imieniu i na rzecz spółki. W doktrynie podnosi się, iż czynności w przedmiocie zwołania Walnego Zgromadzenia i ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, które mają charakter czynności *stricte* technicznych, a więc mających status oświadczeń wiedzy, powinny być dokonane przez członków zarządu w liczbie i na zasadach reprezentacji przewidzianej statutem lub zgodnie z art. 373 § 1 ustawy Kodeks spółek handlowych. Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób ograniczyć konieczności dokonywania w stosunkach zewnętrznych w imieniu spółki czynności zgodnie z zasadą reprezentacji jedynie do oświadczeń woli składanych przez spółkę.

Tym samym uznać należy, iż wszelkie oświadczenia winny zostać złożone w imieniu spółki przez osoby ujawnione w rejestrze lub właściwie umocowane przez te osoby. Ograniczenie powyższego jedynie do oświadczeń woli nie znajduje wyraźnego potwierdzenia

w ustawie ani w statucie Odwołującego, którego odzwierciedleniem jest treść Działu 2 Rubryki 1 pkt 2 odpisu aktualnego KRS złożonego wraz z ofertą.

Specyfika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności jego formalizm oraz daleko idące skutki związane ze skutecznością czynności przedsięwziętych w toku postępowania, wymuszają rygorystyczne odniesienie się do sposobu składania wszelkiego rodzaju oświadczeń w imieniu podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wszakże także z oświadczeniami wiedzy ustawa Pzp wiąże daleko idące konsekwencje, jak choćby obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3. W tym miejscu Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w toku rozprawy, iż w procedurze o udzielenie zamówienia publicznego istnieją oświadczenia wiedzy o na tyle doniosłym charakterze i znaczeniu, iż do ich dokonania koniecznym wydaje się respektowanie zasad reprezentacji.

Wobec powyższego, w celu uniemożliwienia uchylecia się wykonawcy od skutków takiego oświadczenia, konieczne staje się zrównanie tychże oświadczeń z oświadczeniami woli – a zatem badanie, czy zostały one złożone zgodnie z zasadą reprezentacji właściwą dla danego podmiotu. Tym samym składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oświadczenia wiedzy (co do doświadczenia, wiedzy, dysponowania personelem) stają się częścią oświadczenia woli wykonawcy w odniesieniu do jego udziału w postępowaniu i tym samym elementem jego woli, za który uznać należy sam fakt złożenia w postępowaniu oferty celem uzyskania zamówienia na skutek zawarcia umowy cywilnoprawnej. Wszakże w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie dochodzi do rozdzielenia etapu wykazania i badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia oświadczenia o zamiarze zawarcia umowy, jak to ma miejsce w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego.

Mając na uwadze okoliczności faktyczne niniejszej sprawy wskazać należy, iż w przypadku nieprawidłowego wyliczenia wynagrodzenia i potwierdzenia się wątpliwości z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp brak wyjaśnień lub przyznanie powyższych okoliczności stanowią *de facto* rezygnację przez wykonawcę z udziału w postępowaniu, a więc stanowią emanację jego woli a nie wiedzy.

Tym samym, dzieląc stanowisko Zamawiającego, uznać należy za okoliczność relewantną dla postępowania fakt podpisania pisma zawierającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy, tj. uznać za istotne, kto takie oświadczenie składa w imieniu wykonawcy. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż brak jest podstaw do uwzględniania powyższych zarzutów, czego konsekwencją jest uznanie, iż wyjaśnienia z dnia 30.10.2012 r. zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną.

Dla osoby, która podpisała powyższe pismo w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przedłożono stosownego pełnomocnictwa, zaś osoba ta nie została ujawniona w rejestrze KRS – jako uprawniona do reprezentowania wykonawcy.

II. Uwzględniając stanowisko Zamawiającego podniesione na rozprawie Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż nie stanowił on podstawy czynności podmiotu zamawiającego przedsięwziętych w toku postępowania.

III. W zakresie zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba uznała, iż zasługują one na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż z treści Odwołania wynika, iż powyższe zarzuty zostały podniesione jako alternatywne i niejako z ostrożności – zmierzający do konwalidacji czynności dokonanej przez Odwołującego w toku postępowania. Odwołujący założył bowiem, iż uznanie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny za skuteczne może wynikać z przyjęcia, iż do ich złożenia nie jest wymagane działania w imieniu spółki osób zgodnie z zasadami reprezentacji lub może wynikać z konieczności uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby, która wyjaśnienia te podpisała w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym na skutek oddalenia zarzutów naruszenia art. 373 § 1 ustawy Kodeks spółek handlowych oraz art. 60 ustawy Kodeks cywilny rozpoznania wymaga zagadnienie, czy istnieje możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa na etapie składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Nie ulega bowiem wątpliwości, iż z treści normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika obowiązek podmiotu zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których jest mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw. Czynność ta winna być czynnością poprzedzającą czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, o ile uzupełnienie dokumentów lub pełnomocnictw jest możliwe z zastosowaniem instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i mogą uchronić wykonawcę przed eliminacją z postępowania. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego wyrażone w pkt 3 uzasadnienia odwołania.

W przedmiocie konieczności uzupełnienia pełnomocnictwa, w ocenie Izby, wskazać należy, iż obowiązek ten może materializować się na każdym etapie postępowania, gdyż na etapie składania ofert konieczne jest jedynie dołączenia pełnomocnictwa do podpisania oferty, o ile czynność ta została dokonana przez pełnomocnika. Na kolejnych etapach postępowania może, z przyczyn losowych lub organizacyjnych przedsiębiorcy, zaistnieć konieczność złożenia przez pełnomocnika innych oświadczeń woli i wiedzy (złożenie oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą, oświadczenie woli o braku zgody na poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czy też wreszcie

złożenie oświadczenia wiedzy w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny). Analogiczne stanowisko, które Izba w niniejszym składzie w całości aprobuje, zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2012 r. o sygn. akt KIO 2754/11, w uzasadnieniu którego w ramach wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazała, że: „Argumentacja zamawiającego, że nie zachodził stan „niezłożenia pełnomocnictwa” nie była trafna. Zgodzić się należy z odwołującym, że omawiany przepis znajduje zastosowanie do całego postępowania o udzielenie zamówienia i nie ma przy tym znaczenia, czy brak w zakresie pełnomocnictwa występuje przy pierwszej, czy kolejnej czynności podejmowanej przez wykonawcę w postępowaniu. A zatem okoliczność, iż wraz z ofertą zostało złożone pełnomocnictwo dla Pana Marcina W. do reprezentowania odwołującego była bez znaczenia. Ponadto stanowisko zamawiającego w omawianym zakresie było sprzeczne. Na rozprawie stwierdził bowiem, że nawet gdyby oferta została podpisana przez zarząd i nie zawierała pełnomocnictwa, to w sytuacji złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą przez osobę nieujawnioną w KRS zamawiający również uznaliby, że dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie została wypełniona. A zatem to nie fakt złożenia pełnomocnictwa dla Pana W. wraz z ofertą powstrzymał zamawiającego od wykonania dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz przekonanie, że przepis ten stosuje się wyłącznie przy pierwszej czynności dokonywanej przez wykonawcę w postępowaniu, tj. przy złożeniu oferty. W ocenie Izby stanowisko to było nieuprawnione. Zamawiający miał obowiązek zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem stan „niezłożenia pełnomocnictwa”, o którym mowa w tym przepisie zaktualizował się w dniu 31.10.2011 r., tj. w dniu, w którym do zamawiającego dotarło oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą podpisane w imieniu odwołującego przez Pana Piotra J.”.

Wobec powyższego konieczność przedłożenia stosownego pełnomocnictwa może ulec materializacji i aktualizacji na etapie dokonania czynności szczególnej – wynikającej z przebiegu czynności badania i oceny ofert.

Tym samym w konsekwencji na kolejnym etapie postępowania materializacji może ulec obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp niezbędnego do uznania tej czynności za skuteczną. Mając na względzie powyższe, w ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w toku rozprawy, iż już z samej treści powyższego przepisu należy wywieść, iż odnosi się on jedynie do oświadczeń i dokumentów złożonych w ofertach oraz wnioskach. W ocenie Izby ograniczenie instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jedynie do pełnomocnictw składanych pierwotnie z ofertą nie znajduje potwierdzenia w treści tego przepisu. Wszakże w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów norma uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp określa ich zakres przedmiotowy, jak również w

zdaniu drugim odnosi się do pewnych elementów związanych z ich temporalną skutecznością to jednak w zakresie pełnomocnictw nie zawiera żadnych szczegółowych uregulowań, co należy odczytywać w ten sposób, iż dotyczy wszelkich pełnomocnictw, których złożenie okazało się konieczne na etapie postępowania. Odniesienie przez Zamawiającego, w toku rozprawy, zdania drugiego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp również do uzupełnianych pełnomocnictw nie znajduje żadnego uzasadnienia w powyższym przepisie, gdyż odnosi się jedynie do oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania przez oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Składane w postępowaniu pełnomocnictwa mają zupełnie inną rolę niż dookreślona powyżej.

Biorąc pod uwagę tą okoliczność Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się i Zamawiający winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby składającej w imieniu Zakładów Mechanicznych TARNÓW S.A. oświadczenie w zakresie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Aprobując stanowisko Zamawiającego podniesione w toku rozprawy Izba uznała, iż dołączenie do odwołania pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała pismo z dnia 30.10.2012 r. (zawierające wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny), nie ma wpływu na przebieg postępowania i w tym zakresie nakazała Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

IV. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zobowiązanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie dawała podstaw do przypuszczeń, że jest to cena rażąco niska Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż sformułowanie zarzutu w powyższy sposób i uczynienie podstawą jego podniesienia czynności wezwania pismem z dnia 29.11.2012 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż jest on zarzutem spóźnionym.

Należy również wskazać, iż biorąc pod uwagę etap postępowania przedmiotem zarzutu winny być czynności przewidujące najdalej idące dla wykonawcy negatywne konsekwencje, tj. konsekwencje uniemożliwiające wykonawcy uzyskanie zamówienia, o czym łącznie stanowią dwie normy prawne – uregulowane w art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazują one bowiem, iż prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej i uzyskanie wyroku korzystnego dla Odwołującego należy wiązać z naruszeniem przez podmiot zamawiający przepisów ustawy Pzp wypaczających wynik postępowania w sposób

niekorzystny dla wykonawcy w ten sposób, iż traci on wskutek wadliwych czynności zamawiającego możliwość uzyskania zamówienia.

Tym samym powyższy zarzut nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę jako wniesiony z uchybieniem terminu.

V. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i w konsekwencji bezpodstawne unieważnienie postępowania Izba uznała, iż powyższe zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Mając na względzie uzasadnienie zawarte w pkt III Izba wskazuje, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uznać należy za przedwczesną, gdyż Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała pismo zawierające wyjaśnienia złożone w zakresie rażąco niskiej ceny.

Biorąc również pod uwagę fakt, iż czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp była skutkiem wadliwej (przedwczesnej) czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest ona również czynnością wadliwą, tj. obarczoną wadą jako czynności wynikowej *sensu stricte*.

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

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie się wskazanych w odwołaniu zarzutów naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

