

Sygn. akt: KIO 219/12

**WYROK**  
z dnia 14 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**  
**Agata Mikołajczyk**  
**Aneta Mlącka**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jako **Konsorcjum firm: Broen - Zawgaz Sp. z o.o., Franz Schuck GmbH (Niemcy) z siedzibą lidera: ul. Stara Droga 8, 62-002 Suchy Las** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum firm: Marian Buroń prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.E.F.T. Polska Marian Buroń, MSA a.s.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jako **Konsorcjum firm: Broen - Zawgaz Sp. z o.o., Franz Schuck GmbH (Niemcy) z siedzibą lidera: ul. Stara Droga 8, 62-002 Suchy Las i:**

- 2.1. 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 zamówienie jako **Konsorcjum firm: Broen - Zawgaz Sp. z o.o., Franz Schuck GmbH (Niemcy) z siedzibą lidera: ul. Stara Droga 8, 62-002 Suchy Las** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jako **Konsorcjum firm: Broen - Zawgaz Sp. z o.o., Franz Schuck GmbH (Niemcy) z siedzibą lidera: ul. Stara Droga 8, 62-002 Suchy Las** na rzecz zamawiającego: **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa** stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 101 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w wyniku zawartych umów ramowych w zakresie dostaw fabrycznie nowych zaworów kulowych od DNI50 do DN500 wraz z napędami dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez GAZ - SYSTEM S.A. Zamówienie nr 3.

W dniu 24 stycznia 2012 r. zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum firm: Marian Buroń prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.E.F.T. Polska Marian Buroń, MSA a.s. (zwane dalej „Konsorcjum D.E.F.T. – MSA”) oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: Broen - Zawgaz Sp. z o.o., Suchy Las, ul. Stara Droga 8, Franz Schuck GmbH (Niemcy) (zwane dalej „Konsorcjum Broen – Zawgaz – Franz Schuck”).

W dniu 2 lutego 2012 r. Konsorcjum Broen - Zawgaz - Franz Schuck wniosło odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej - oferty Konsorcjum D.E.F.T. – MSA;
- 2) odrzuceniu oferty odwołującego - Konsorcjum Broen - Zawgaz - Franz Schuck;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum D.E.F.T - MSA jako niespełniającej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wymogów ustawy Pzp;
- 4) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 5) przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w wyniku zawartej umowy ramowej w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum D.E.F.T - MSA ze względu na istotną niezgodność treści oferty z treścią siwz;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 2 k.s.h, przez odrzucenie oferty odwołującego, jako nieważnej na podstawie przepisów prawa cywilnego i przepisów kodeksu spółek handlowych dotyczących zasad reprezentacji (art. 205 § 1 k.s.h.);
3. art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum D.E.F.T - MSA ze względu na niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści oferty oraz z uwagi na

dokonanie przez Konsorcjum D.E.F.T. - MSA niedozwolonej zmiany w treści oferty, która to zmiana nie stanowiła zmiany w rozumieniu art. 87 ust. 1a i ust.2 Pzp;

4. art. 91 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum D.E.F.T. – MSA, jako najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w siwz;
5. art. 87 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie reprezentacji odwołującego;
6. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 101 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa do reprezentacji spółki Broen-Zawgaz Sp. z o.o.;
7. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez niezachowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku wyboru oferty z naruszeniem przepisów ustawy i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wskazał, iż poniósł szkodę, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w wyniku zawartych umów ramowych w zakresie dostaw fabrycznie nowych zaworów kulowych od DN150 do DN500 wraz z napędami dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez GAZ - SYSTEM S.A., w wyniku bezprawnych działań i zaniechania zamawiającego utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. W wyniku zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum D.E.F.T. - MSA, unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na Zawarcie Umowy Ramowej warunki zamówienia.

1) Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SIWZ -OPZ –D, zamawiający wymaga, aby na korpusy i końcówki kurka był użyty materiał o normatywnej klasie plastyczności nie mniejszej niż:(pkt. 3.6.7 Załącznika nr 1 do SIWZ) Korpus (obudowa) wykonany ze stali całkowicie uspokojonej o umownej normatywnej granicy plastyczności minimum:

3.6.7.1 Dla zaworów do DN300 włącznie -  $Re \geq 290$  MPa

3.6.7.2 Dla zaworów powyżej DN300 do DN400 włącznie -  $Re \geq 355$  MPa

3.6.7.3 Dla zaworów powyżej DN400 -  $Re \geq 415$  MPa

4.1.2. Armatura powinna być wyposażona w przyłącza do przyspawania doczołowego zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 12627:2002. Właściwości wytrzymałościowe

(minimalna umowna granica plastyczności) końców do spawania powinny być zachowane zgodnie z wymaganiami normy i nie powinna być mniejsza niż:

4.1.2.1. Dla zaworów do DN300 włącznie -  $Re \geq 290$  MPa

4.1.2.2. Dla zaworów powyżej DN300 do DN400 włącznie -  $Re \geq 290$  MPa

4.1.2.3. Dla zaworów DN500 -  $Re \geq 415$  MPa

4.1.2.4 Dla zaworów powyżej DN500 -  $Re \geq 450$  MPa.

Na pytanie wykonawców o wyjaśnienie treści siwz w dniu 7 grudnia 2012 r. zamawiający wyjaśnił, iż wymaga spełnienia wszystkich wymagań określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ OPZ – D dla całego korpusu kurka (pokrywa-korpus środkowy- pokrywa).

Oferta Konsorcjum D.E.F.T. – MSA jest sprzeczna z ww. warunkami siwz. Na stronie 28 oferty oraz zgodnie z rysunkiem na stronie 42-46 oferty wskazano na zastosowanie materiału A350LF2, dla którego normatywna granica plastyczności – wynosi 250MPa. Wymagana przez zamawiającego granica klasy plastyczności materiału wynosi natomiast 290MPa. Wymóg dotyczący normatywnej granicy plastyczności oznacza, że należało spełnić nienaruszalne normy dla używanych przez wykonawcę materiałów. Wszelkie odstępstwa od tych norm stanowią zagrożenie dla bezpiecznego korzystania z zaworów kulowych i jednoznacznie naruszają w sposób istotny treść siwz.

W złożonych wyjaśnieniach z dnia 23 stycznia 2012 r. wykonawca przyznał, iż wskazany materiał jest niezgodny z granicami plastyczności określonymi w siwz i jego normatywna plastyczność wynosi 250MPa. W dalszej części wykonawca wyjaśnił, iż poddaje ten materiał obróbce cieplnej i w ten sposób zwiększona zostaje jego plastyczność.

Zdaniem odwołującego nie sposób zgodzić się z wyjaśnieniami Konsorcjum D.E.F.T.-MSA. Według standardu ASTM nie ma możliwości zwiększenia normatywnej wartości, ani przez obróbkę cieplną ani przez inną metodę. Jeżeli obróbka cieplna podniesie granicę plastyczności, to może wpłynąć na inne właściwości tego materiału np. kruchość. Użycie obróbki cieplnej może zmienić parametry materiału, który nie będzie zgodny ze standardem ASTM A350. Zasadniczo to większa granica plastyczności pozwala zoptymalizować zużycie stali i wiąże się z bezpieczeństwem pracy zaworu. Można użyć stal z niższą granicą plastyczności ale wzrośnie wówczas grubość ścianki zaworu. W tym przypadku zamawiający wyraźnie był zainteresowany optymalizacją wagi, bezpieczeństwem oraz trwałością zaworów. Materiał poddany obróbce nie zmienia swej normatywnej plastyczności, a jedynie zwiększa faktyczną wartość plastyczności, co jednak nie zapewnia spełnienia wymogów siwz w tym zakresie.

Ponadto, zamawiający wymaga, aby uszczelnienie zaworów było przetestowane według jednego z trzech sposobów wskazanych w pkt. 2.2 Załącznika nr 1 SIWZ, tj. wykonawca dla oferowanej armatury powinien posiadać pozytywne wyniki badania odporności kurków na zanieczyszczenia, potwierdzone przez niezależną instytucję,

spełniające wymagania jednego z następujących standardów:

2.2.1. Aneksu E normy PN-EN 14141/2005

2.2.2. Normy zakładowej Ruhrgasu nr KN250-009

2.2.3. Procedury Gazpromu OTC - ZRA-98

Badania powinny dotyczyć rodzaju/typu oferowanej armatury, a w szczególności zastosowanego systemu uszczelnień.

Konsorcjum D.E.F.T.- MSA w wyjaśnieniach z dnia 23 stycznia 2012 r. przedstawiło raport z badań z 2008 r., które były wykonane dla zaworu DN 700 i obowiązują dla zaworów od DN 700 do DN 1400. Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu są średnie zawory kulowe DN 150-500, a nie zawory DN 700-1400. Wobec powyższego należy uznać, iż wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu potwierdzającego wyniki badań dla zaworów kulowych DN 150-500.

Zamawiający wymagał również, aby pierścienie kompensacyjne kuli (tzw. obsada) były wykonane ze stali nierdzewnej. W pkt. 3.2.8 Załącznika nr 1 do SIWZ wyraźnie zaznaczono, iż „Pierścienie kompensacyjne kuli powinny być wykonane ze stali nierdzewnej dla zaworów z uszczelnieniem PMSS. Dla zaworów z uszczelnieniem miękkim dopuszcza się zastosowanie pierścieni stalowych zabezpieczonych poprzez niklowanie lub chromowanie. Należy ponadto zapewnić odpowiednie środki, aby w miejscu styku metali o różnym potencjale elektrochemicznym nie dochodziło do korozji (np. pierścienie - obudowa).

W ofercie (str. 28) Konsorcjum D.E. F. T.- MSA przedstawiło wykonanie obsady (którą oznaczyło jako siedzisko) ze stali węglowej. Następnie w wyjaśnieniach z dnia 23 stycznia 2012 r. wykonawca zmienił ww. materiał na stal nierdzewną. Powyższe stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp i niedopuszczalną istotną zmianę treści oferty, która nie może zostać uznana za oczywistą omyłkę o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Kierując się brzmieniem art. 82 ust. 3 Pzp, z treści oferty złożonej przez wykonawcę musi jednoznacznie wynikać zgodność oferowanego produktu z przedmiotem zamówienia opisanym przez zamawiającego. Oferta musi odpowiadać merytorycznym wymaganiom siwz. W przypadku braku tej zgodności zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty.

Odwołujący podkreślił, że zachodzi sprzeczność treści oferty Konsorcjum D.E.F.T.- MSA z siwz. Przedmiot złożonej oferty różni się w stosunku do wymagań siwz: co do granic plastyczności materiału, z którego wykonany jest korpus kurków oraz co do materiału, z którego ma być wykonana obsada czyli pierścienie kompensacyjne kuli. Wskazał, że przedmiot zamówienia i sposób jego realizacji został jednoznacznie ujęty w treści siwz. Ponadto, na treść oferty składają się oprócz formularza ofertowego, wszelkie załączone do niego informacje i materiały określające i doprecyzowujące zakres oraz sposób wykonania świadczenia, jak: rysunki, plany, wykresy, kosztorysy, aprobaty techniczne, deklaracje

zgodności, certyfikaty. Obowiązkiem wykonawcy jest także złożenie wszelkich oświadczeń i dokumentów wymaganych w specyfikacji, a uchybienie temu obowiązkowi powoduje odrzucenie oferty. Konsorcjum D.E.F.T.- MSA. nie przedłożyło wymaganego dokumentu - raportu z wyników badań odporności zaworów kulowych DN 150-500 na zanieczyszczenia, potwierdzone przez niezależną instytucję, spełniające wymagania jednego ze standardów wskazanych w siwz - w zamian załączyło raport z wynikami dotyczącymi zaworów kulowych DN 700-1400, czyli zupełnie innych niż przedmiot zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 2 k.s.h oraz zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 101 ust. 4 Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, iż złożona oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania wykonawcy Broen - Zawgaz Sp. z o.o. Odrzucenie oferty zamawiający uzasadnił błędnym pełnomocnictwem załączonym przez odwołującego, w którym jeden z członków zarządu p. Leszek S upoważnił drugiego członka zarządu (prezesa) p. Dariusza Haraja do reprezentacji w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem odwołującego, nie ma zakazu ustanowienia pełnomocnikiem spółki członka jej zarządu. Pogląd ten jest zbieżny z przepisami k.s.h - art. 205 § 3 k.s.h, z którego wynika możliwość udzielenia prokury także członkowi zarządu oraz z art. 214 i 243 § 3 k.s.h, z których wynika, iż zakazy pełnienia przez członków zarządu spółki określonych funkcji czy podejmowania określonych działań zostały w ustawie wyraźnie przewidziane. Dopuszczenie zatem możliwości udzielenia pełnomocnictwa jednemu z członków zarządu spółki nie prowadzi do obejścia prawa. Złożona przez członka zarządu p. Dariusza Haraja oferta nie była również czynnością „z samym sobą”, w której to pełnomocnik miałby być drugą stroną czynności dokonywanej w imieniu mocodawcy (por. uchwała SN z dnia 23 sierpnia 2006r., sygn. akt III CZP 68/06).

Odwołujący wskazał, że jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do prawidłowości reprezentacji odwołującego, to mógł w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentu. Odwołujący podkreślił, iż ustawodawca w art. 101 ust. 4 Pzp nie wyłączył zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp lecz – art. 26 Pzp, gdyż nie było zamiarem ustawodawcy pozbawić wykonawców możliwości konwalidowania braków w sposób przyjęty w art. 26 ust. 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W przedmiotowej sprawie została naruszona zasada równego traktowania wykonawców na etapie oceny ofert. Zamawiający wbrew jasno sformułowanym kryteriom oceny ofert, w tym w sprzeczności z wymogami siwz, dokonał wyboru oferty Konsorcjum D.E.F.T., MSA a.s. mimo niewątpliwych uchybień merytorycznych ww. oferty.

W dniu 6 lutego 2012 r. Konsorcjum D.E.F.T. - MSA zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania, jako całkowicie bezzasadnego.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. Przetastawił na rozprawie „Opinią prawną” (pismo z dnia 13 lutego 2012 r.) uzasadniającą odrzucenie oferty odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając odwołanie na rozprawie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, potwierdzając tym samym swoją legitymację do wniesienia odwołania. Izba uznała, że odwołujący podważając czynności i zaniechania zamawiającego, w szczególności czynność odrzucenia oferty odwołującego i zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum D.E.F.T.- MSA, a tym samym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zmierza do uzyskania przedmiotowego zamówienia, co byłoby możliwe w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu. Z tego względu Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o oddalenie odwołania w związku z brakiem interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp po stronie odwołującego.

Izba stwierdziła, że Konsorcjum D.E.F.T.-MSA skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, uwzględniając przy tym oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie o niepodtrzymaniu zarzutów w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 101 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa, a także naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, w wyniku wyboru oferty Konsorcjum D.E.F.T. - MSA wbrew sformułowanym w siwz kryteriom oceny ofert. Niepodtrzymane przez odwołującego zarzuty nie były przedmiotem rozpoznania przez Izbę.



Izba w pierwszej kolejności rozpoznała zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 2 k.s.h, przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego, jako nieważnej na podstawie przepisów prawa cywilnego i przepisów kodeksu spółek handlowych dotyczących zasad reprezentacji (art. 205 § 1 k.s.h.) oraz art. 87 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie reprezentacji odwołującego. Izba uznała powyższe zarzuty za niezasadne.

Odwołujący, działając jako konsorcjum dwóch wykonawców, którego liderem jest spółka Broen - Zawgaz Sp. z o.o. z siedzibą w Suchym Lesie, złożył ofertę, która została podpisana przez prezesa zarządu spółki Broen - Zawgaz Sp. z o.o. Waz z ofertą złożony został odpis z KRS ww. spółki (Nr KRS 0000109354), z którego wynika, że do składania oświadczeń woli w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Do oferty załączone zostało także pełnomocnictwo z dnia 21 listopada 2011 r. udzielone przez członka zarządu Spółki p. Leszka S panu Dariuszowi H – prezesowi zarządu Spółki upoważniające do reprezentowania go we wszelkich sprawach dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znak sprawy ZP/2011/11/0125/PR, dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez GAZ-SYSTEM S.A. W treści ww. pełnomocnictwa wskazano jego zakres, który obejmuje umocowanie p. Dariusza H do reprezentowania osoby Leszka S jako członka zarządu, składania w jego imieniu, jako członka zarządu, oświadczeń woli, zawierania i rozwiązywania umów w wyżej określonym zakresie.

W powyższych okolicznościach należało stwierdzić, że oferta odwołującego została podpisana przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania wykonawcy. Zgodzić się należy z twierdzeniem odwołującego, że nie ma zakazu ustanowienia pełnomocnikiem spółki członka jej zarządu. Sąd Najwyższy rozstrzygając zagadnienie prawne przedstawione przez Sąd Okręgowy w Częstochowie, dotyczące możliwości ustanowienia pełnomocnikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością członka jej zarządu, który umową został uprawniony do reprezentowania spółki łącznie z drugim członkiem zarządu, w uchwale z dnia 23 sierpnia 2006 r. sygn. akt III CZP 68/08 przywołanej przez odwołującego, stwierdził, iż „Członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawniony umową spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu, może być ustanowiony pełnomocnikiem do poszczególnych czynności.” Sąd Najwyższy potwierdził w powyższej uchwale, iż nie ma ustawowego zakazu ustanowienia pełnomocnikiem spółki członka zarządu osoby prawnej uprawnionego umową spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu. Sąd wskazał m.in., że w ustawie zostały wyraźnie przewidziane zakazy pełnienia przez członków zarządu spółki określonych funkcji czy podejmowania określonych działań (art. 214 i art. 243 § 3 k.s.h.). Sąd Najwyższy podkreślił przy tym, że organ osoby prawnej i jej pełnomocnik to dwie odrębne instytucje prawne i nie należy ich utożsamiać,

bowiem kompetencja członka zarządu spółki wynika z umowy spółki oraz z ustawy, natomiast kompetencja pełnomocnika wynika z umocowania, a więc z czynności prawnej dokonanej przez osobę prawną. Pełnomocnik ustanowiony w spółce działa w imieniu na rzecz i spółki oraz w granicach umocowania. Pełnomocnictwa w takim przypadku udziela spółka działając przez swoje organy. W rozpoznawanej sprawie (przy reprezentacji łącznej ustalonej w umowie Spółki ujawnionej w KRS) do udzielenia pełnomocnictwa w imieniu Spółki wymagane jest działanie dwóch członków zarządu lub członka zarządu wraz z prokurentem. Pełnomocnictwo z dnia 21 listopada 2011 r. zostało udzielone prezesowi zarządu - przez drugiego członka zarządu w imieniu własnym tej osoby, a zatem nie w imieniu spółki, która jest odrębną osobą prawną. Zauważyć przy tym należy, że członek zarządu udzielający ww. pełnomocnictwa nie był umocowany do samodzielnego reprezentowania spółki, nie był zatem umocowany do udzielenia pełnomocnictwa w imieniu i na rzecz spółki. Biorąc pod uwagę powyższe należało uznać, że w konsekwencji prezes zarządu Broen - Zawgaz Sp. z o.o. nie był umocowany do samodzielnego reprezentowania Spółki na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu przez drugiego członka zarządu, a wobec tego nie był uprawniony także do podpisania i złożenia oferty w imieniu Konsorcjum Broen - Zawgaz - Franz Schuck. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c. i art. 2 k.s.h oferta Konsorcjum Broen - Zawgaz - Franz Schuck, jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, podlega odrzuceniu. Jednocześnie należy wskazać na brak przesłanek do zastosowania w tym przypadku art. 87 ust. 1 Pzp, tj. do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Przepis ten nie znajduje zastosowania w odniesieniu do dokumentu pełnomocnictwa, którego treść nie stanowi treści oferty w rozumieniu tego przepisu. Dodatkowo na marginesie tylko należy wskazać, że treść omawianego pełnomocnictwa nie budzi żadnych wątpliwości, które uzasadniałyby podjęcie przez zamawiającego jakichkolwiek czynności wyjaśniających.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum D.E.F.T - MSA ze względu na istotną niezgodność treści oferty z treścią siwz oraz naruszenia w tym zakresie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp.

Zamawiający określił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na Zawarcie Umowy Ramowej warunki zamówienia. Zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku D do Umowy Ramowej (Specyfikacja Techniczna na dostawy zaworów kulowych dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.) w punkcie 3.6.7 wymagano, aby „Korpus (obudowa) wykonany był ze stali całkowicie uspokojonej o umownej normatywnej granicy plastyczności minimum:

3.6.7.1 Dla zaworów do DN300 włącznie -  $Re \geq 290$  MPa

3.6.7.2 Dla zaworów powyżej DN300 do DN400 włącznie -  $Re \geq 355$  MPa

### 3.6.7.3 Dla zaworów powyżej DN400 - $Re \geq 415$ Mpa.

Zamawiający nie wskazał w tym miejscu w siwz według jakiej normy należy wykazać wymaganą minimalną granicę plastyczności, dlatego też wykonawcy mogli przedstawić w ofercie granice plastyczności materiału według dowolnej normy.

Jak wynika ze złożonej oferty, Konsorcjum D.E.F.T – MSA zaoferowało materiał do wykonania korpusu zaworów kulowych DN150-DN300 (końców do spawania) firmy MSA a.s. (str. 43 oferty) w postaci stali węglowej ASTM A350 LF2, którego granica plastyczności zgodnie z normą ASTM A350 wynosi minimum 250 Mpa. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty w powyższym zakresie (pismo zamawiającego z dnia 17 stycznia 2012 r.) przystępujący wyjaśnił (pismo z 23 stycznia 2012 r.), iż w procesie wytwarzania wskazanej stali węglowej jest ona poddawana odpowiednim modyfikacjom w procesie obróbki cieplnej mającym na celu podwyższenie granicy plastyczności do stopnia min.  $Re = 340$  Mpa. Do wyjaśnień został załączony jednocześnie atest materiałowy elementów kutych korpusu zaworów kulowych produkcji MSA a.s. potwierdzający uzyskane (podwyższone) wyniki granicy plastyczności.

W toku rozprawy przystępujący złożył do akt sprawy dokumenty potwierdzające, że zaoferowany materiał, z którego zostaną wykonane korpusy i końcówki kurka, spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, w tym - w zakresie wymaganej normatywnej granicy plastyczności: pismo firmy Metallurgica siderforge srl z 13 lutego 2012 r. (jednego z dostawców odkuwek), w którym podmiot ten potwierdził, że norma ASTM podaje jedynie minimalny limit granicy plastyczności, przy czym wyższy limit granicy plastyczności może być osiągnięty przez odpowiednią obróbkę cieplną z zachowaniem wszystkich innych parametrów materiału ASTM A350LF2, które są wymagane zgodnie z tą normą. Przystępujący złożył ponadto: atesty materiałowe dla materiału LF2, dla którego została podwyższona granica plastyczności do 340MPa z zachowaniem wszystkich pozostałych wymaganych parametrów, określonych normą ASTM oraz certyfikat firmy Forgerossi SpA, firmy ASFO spa, a także wyciąg z normy ASTM A350M w postaci tłumaczenia tabeli nr 1 „wymagania chemiczne”, tabeli nr 2 „właściwości mechaniczne przy rozciąganiu w temperaturze pokojowej”, tabeli nr 3 „próba udarnościowa Charpy’ego wymagania dla standardowych rozmiarów próbek” i tabeli nr 4 „standardowa temperatura próby udarności dla standardowych rozmiarów próbek”.

W oparciu o powyższe dowody, Izba uznała, że przystępujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego (potwierdzając powyższe także na rozprawie) wykazał spełnienie wymogu siwz dotyczącego umownej normatywnej granicy plastyczności materiału ASTM A350 LF2 przeznaczonego na elementy kute korpusu (pokrywa-korpus właściwy-pokrywa) zaworów kulowych zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu. W powyższym zakresie (uwzględniając wyjaśnienia złożone przez

Konsorcjum D.E.F.T - MSA zamawiającemu) należy uznać, iż oferta Konsorcjum D.E.F.T - MSA spełnia wymaganie co do umownej normatywnej minimalnej granicy plastyczności materiału na poziomie min. 290 MPa. Podwyższenie w ramach obróbki cieplnej minimalnej granicy plastyczności materiału ASTM A350 LF2 wskazanej w normie ASTM A350 jest bowiem możliwe z zachowaniem wszystkich pozostałych parametrów ww. materiału zgodnie z tą normą.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku złożenia przez Konsorcjum D.E.F.T - MSA w ofercie – dokumentu potwierdzającego pozytywne wyniki badań odporności kurków na zanieczyszczenia, określonych w pkt 2.2 załącznika D do Umowy Ramowej Izba ustaliła, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma postanowienia, które wymagałoby złożenia w ofercie takiego dokumentu. Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę w ofercie jedynie ogólnego oświadczenia w powyższym zakresie, potwierdzającego posiadane wyniki badań. Zgodnie z pkt 2.2.1 do 2.2.3 załącznika D, zamawiający wskazał trzy rodzaje procedur wykonania badań. Zamawiający wymagał ponadto, aby badania dotyczyły rodzaju/typu oferowanej armatury, a w szczególności zastosowanego systemu uszczelnień. Jedynie w celu zweryfikowania, czy zaoferowane przez wykonawców zawory kulowe spełniają powyższe wymaganie, zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do dodatkowego wyjaśnienia szczegółów dotyczących posiadanych wyników badań.

Konsorcjum D.E.F.T - MSA w złożonych wyjaśnieniach z dnia 21 stycznia 2012 r. wskazało, iż oferowane zawory kulowe produkcji MSA a.s posiadają wyniki badań wykonanych według procedury GAZPROM OTC ZRA98, tj. jednej z trzech procedur określonych w siwz. Przystępujący załączył do powyższych wyjaśnień „Protokół badań odbiorczych zaworu kulowego K.83 DN700 produkcji MSA a.s.” z dnia 1 lipca 2008 r. W pkt 3.2 ww. protokołu stwierdzono, że uwzględniając podobieństwo konstrukcji, technologii wykonania i używanych marek materiałów, wyniki badań obejmują zawory kulowe we wszystkich wykonaniach: DN750-1400 mm PN do 12,5 Mpa.

Izba uznała, że nie ma podstaw do kwestionowania faktu spełnienia przez przystępującego powyższego wymogu siwz. W szczególności Izba wzięła pod uwagę brak określenia w siwz żądania posiadania przez wykonawcę wyników badań w powyższym zakresie dla zaworów o dokładnie takiej samej średnicy jak w przypadku zaworów będących przedmiotem zamówienia, to jest DN150 – 500. Zgodnie z treścią wymagania, o którym była mowa powyżej, wymaganie to dotyczyło wyłącznie rodzaju/typu zaworów. Przedłożone przez wykonawcę wyniki badań zaworów o średnicy większej niż zaworów, będących przedmiotem zamówienia, potwierdzają spełnienie wymagania specyfikacji, ponieważ zostały wykonane dla tego samego typu zaworów, co oferowane w postępowaniu, tj. dla zaworów kulowych typu K.83, zgodnie z wymaganą w siwz procedurą - Gazpromu OTC - ZRA-98. Przystępujący wyjaśnił dodatkowo na rozprawie, że posiada wyniki badań dla wszystkich

produkowanych przez wykonawcę zaworów, również tych objętych przedmiotowym zamówieniem oraz złożył do akt sprawy raport z wyników tych badań. Badania zostały wykonane według innej (nowszej) procedury, która zastąpiła procedurę dotychczasową Gazpromu. Jak wyjaśnił przystępujący, przedłożenie tego dokumentu zamawiającemu w ramach wyjaśnień nie było możliwe, ponieważ ta procedura nie została dopuszczona w siwz, bowiem weszła w życie już po opracowaniu siwz przez zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zmiany w ramach wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum D.E.F.T - MSA w dniu 21 stycznia 2012 r. rodzaju materiału dla pierścieni kompensacyjnych, Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 3.2.8 załącznika D, zamawiający postawił wymagania o treści: „pierścienie kompensacyjne kuli powinny być wykonane ze stali nierdzewnej dla zaworów z uszczelnieniem PMSS. Dla zaworów z uszczelnieniem miękkim dopuszcza się zastosowanie pierścieni stalowych zabezpieczonych poprzez niklowanie lub chromowanie. Należy ponadto zapewnić odpowiednie środki, aby w miejscu styku metali o różnym potencjale elektrochemicznym nie dochodziło do korozji (np. pierścienie - obudowa).”

Przystępujący zaoferował pierścienie kompensacyjne kuli niklowane (str 28 oferty). W ramach udzielnych wyjaśnień (pismo z dnia 23 stycznia 2012 r.), wykonawca potwierdził, że pierścienie kompensacyjne kuli zostaną wykonane ze stali nierdzewnej w gatunku ASTM A182 F316, tj. stali posiadającej minimum 12% chromu i przedstawił w tabeli skład chemiczny materiału.

Uwzględniając wyjaśnienia zamawiającego przedstawione na rozprawie, stanowisko przystępującego w tym zakresie oraz fakt, że odwołujący tym wyjaśnieniom nie zaprzeczał, Izba zgodziła się z twierdzeniem zamawiającego, że zawarty w ww. postanowieniu zapis jest nieprecyzyjny. Wymaganie co do materiału dla zaworów z uszczelnieniem PMSS opisane w zdaniu pierwszym dotyczy zaworów z uszczelnieniem, które jest skonstruowane z dwóch elementów, w tym z elementu tzw. uszczelnienia miękkiego. W drugim zdaniu zamawiający wskazał, iż dla zaworów z uszczelnieniem miękkim dopuszcza się zastosowanie pierścieni stalowych zabezpieczonych poprzez niklowanie lub chromowanie. W związku z powyższym, z treści tego postanowienia można wysnuć błędny wniosek, iż dopuszczalne jest zaoferowanie uszczelnienia typu PMSS wykonanego ze stali oraz zabezpieczonego poprzez niklowanie, tak jak uczynił to przystępujący.

Wzywając do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę w powyższym zakresie, zamawiający poprosił o podanie informacji odnośnie składu chemicznego pierścienia kompensacyjnego (w tym informacji czy pierścień jest/będzie wykonany ze stali nierdzewnej, tj. stali posiadającej min. 12% chromu). Zamawiający dopiero zatem w swoim wezwaniu doprecyzował wymagania co do rodzaju materiału wymaganego dla pierścieni kompensacyjnych. W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący potwierdził rodzaj

materiału, zgodnie z wymaganiem zamawiającego.

W ocenie Izby omyłka wykonawcy co do zaoferowanego pierwotnie materiału dla pierścieni kompensacyjnych jest wyłącznie wynikiem nieprecyzyjnego zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić należy, że specyfikacja wymagań technicznych zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia została opracowana w sposób bardzo rozbudowany. Zamawiający opisał wymagania techniczne w sposób szczegółowy. Jednocześnie zamawiający wyjaśnił na rozprawie, iż spełnienie wszystkich tak szczegółowo określonych wymagań zostało zapewnione w przedmiotowym postępowaniu przez odbiór przedmiotu zamówienia przez wyspecjalizowaną firmę, która będzie prowadziła stały nadzór i kontrolę na wszystkich etapach realizacji zamówienia, w tym na etapie produkcji.

Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji, w postaci uznania np. jego oferty za nieodpowiadającą treści siwz w przypadku, gdy zamawiający nieprecyzyjnie określił w specyfikacji swoje wymagania co do przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji, wątpliwości w zakresie interpretacji treści danego wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, będące efektem błędu zamawiającego przy opracowywaniu siwz, muszą być oceniane na korzyść wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, uwzględniając wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum D.E.F.T. – MSA w zakresie potwierdzenia rodzaju materiału na pierścienie kompensacyjne zaworów. W ocenie Izby, zarówno wezwanie zamawiającego, jak i złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, w okolicznościach niniejszej sprawy nie mogą być uznane za niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz dokonanie przez Konsorcjum D.E.F.T. - MSA niedozwolonej zmiany treści złożonej oferty. Za szczególne okoliczności badanego stanu faktycznego w przedmiotowym postępowaniu należy uznać nieprecyzyjny opis wymagania w siwz, które mogło być z punktu widzenia profesjonalnego wykonawcy zinterpretowane w sposób odmienny niż było to zamierzeniem zamawiającego. Podkreślić należy także, że zamawiający równo traktował w przedmiotowym postępowaniu wszystkich wykonawców, przyjmując również m.in. wyjaśnienia odwołującego w zakresie zmiany co do materiału na wykonanie zaworów.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu należało uznać, że w postępowaniu nie nastąpiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W oparciu o powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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:** .....

.....

.....