

WYROK

z dnia 13 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UAB "ESSPO" (pełnomocnik wykonawców), ZAO "RZCH "NORDIKS", adres dla pełnomocnika: Republika Litewska, J.Biliuno g.10-1, 29114 Anyksciai** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Clariant SE Frankfurt/Main MuttENZ Branch, Switzerland, Rothaustasse 61, CH 4132 MuttENZ 1 Szwajcaria** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UAB "ESSPO" (pełnomocnik wykonawców), ZAO "RZCH "NORDIKS", adres dla pełnomocnika: Republika Litewska, J.Biliuno g.10-1, 29114 Anyksciai** 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 udzielenie zamówienia **UAB "ESSPO" (pełnomocnik wykonawców), ZAO "RZCH "NORDIKS", adres dla pełnomocnika: Republika Litewska, J.Biliuno g.10-1, 29114 Anyksciai** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UAB "ESSPO" (pełnomocnik wykonawców), ZAO "RZCH "NORDIKS", adres dla pełnomocnika: Republika Litewska, J.Biliuno g.10-1, 29114 Anyksciai** na rzecz **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa** kwotę **51zł 00gr (pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych opłat skarbowej od udzielonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa środków odlodzeniowych. Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest z podziałem na zadania częściowe, gdzie zadanie nr 1 obejmuje dostawę płynu do odladzania nawierzchni lotniskowych produkowanego na bazie mrówczanu potasu oraz granulatu do odladzania nawierzchni lotniskowych produkowanego na bazie mrówczanu sodu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego WE nr 2013/ S 053-087421.

W dniu 31 maja 2013 roku, odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: UAB ESSPO oraz ZAO „RZCH NORDIKS”- wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając zamawiającemu błędne uznanie, że oferta wykonawcy Clariant SE jest zgodna z siwz i ustawą Pzp w związku z czym zamawiający nie wezwał Clariant SE do złożenia odpowiednich dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ani też nie odrzucił oferty Clariant SE jako niezgodnej z siwz na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 gdyby uznał, że niezgodności oferty z siwz nie da się skonwalidować.

W ocenie odwołującego, zamawiający winien odrzucić ofertę Clariant SE, gdyż przedstawiający się jako pełnomocnik firmy Clariant SE pan A..... K..... niewątpliwie nie był umocowany do wykonywania związanych ze złożeniem oferty czynności, a jest wielce prawdopodobne, że do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie był umocowany w ogóle. Ponadto, niezależnie od pełnomocnictwa przedłożył załączniki do oferty niezgodne z siwz i rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z dnia 19 lutego 2013 r.).

Wskazał, że pierwsza część pełnomocnictwa w sposób wyczerpujący wskazuje reprezentację na terenie Polski w zakresie sprzedaży środków odlodzeniowych. Clariant Polska Sp. z o.o. ma pełnomocnictwo ogólne, czyli uprawniające do wszystkich czynności w zakresie sprzedaży środków do odladzania. Pełnomocnictwo udzielone spółce Clariant Polska, jako oficjalnemu przedstawicielowi, nie zawiera upoważnienia do ustanowienia dla mocodawcy innych pełnomocników, co zgodnie z art. 106 kc musi wyraźnie wynikać z treści pełnomocnictwa. Zatem w imieniu osoby prawnej Clariant Polska, jako reprezentanta Clariant SE, mogą działać według z jej statutu członkowie zarządu spółki i prokurenci. Pan

A..... K..... nie wchodzi w skład władz spółki i nie jest też jej prokurentem (podrubryki 1, 2 i 3). Wobec czego należy uznać, że w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego Clariant SE nie jest reprezentowany przez Clariant Polska Sp. z o.o., a Pan A..... K..... nie korzysta z uprawnień przysługujących temu pełnomocnikowi.

Zawarte w drugiej części pełnomocnictwa upoważnienie dla pana A..... K..... jest wyraźnie węższe od zakresu umocowanie spółki Clariant Sp. z o.o., jest upoważnieniem rodzajowym i dotyczy tylko dwóch, wymienionych w nim czynności – składania ofert i prowadzenie negocjacji. Treść tego upoważnienia nie wskazuje, że pełnomocnik może wykonywać różne szczególne czynności, które związane są z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Pojęcie oferta należy rozumieć tak jak przyjmuje to prawo cywilne, oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma charakter szczególny, składa się z dołączanych do niej dokumentów, które w pojęciu cywilnym nie funkcjonują.

Ponadto podniósł, że pełnomocnictwo dla pana A..... K..... nie dawało mu prawa do potwierdzenie jako zgodnych z oryginałem załączników oferty, a w żadnym razie do składania w imieniu wykonawcy oświadczeń. Zadaniem odwołującego do reprezentowania w zamówieniach niezbędne jest pełnomocnictwo szczególnie wyraźnie do tego upoważniające. Zwrócił uwagę, że wszystkie tłumaczenia z języka polskiego na polski pan Kurkowski potwierdził za zgodność z oryginałem. Napis na dokumencie, że jest zgodny z oryginałem nadaje dokumentowi status kopii. Poświadczenia za zgodność z oryginałem nie może być ekwiwalentem znaczeniowym poświadczenia tłumaczenia. Tłumaczenia załączone do oferty Clariant SE są podwójnie nieprawidłowe: po pierwsze są to kopie, którymi nie wolno się posługiwać, po drugie tłumaczenia nie są poświadczone przez wykonawcę choć wymaga tego siwz.

Jednocześnie wskazał, że Pan A. K..... jest identyfikowany wyłącznie z imienia i nazwiska bez jakiegokolwiek dalszego dookreślenia pozwalającego ustalić tożsamość pełnomocnika.

Składając wniosek o dopuszczenie do udziału wniosek o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu Pan A..... K..... złożył pełnomocnictwo o takiej samej treści jak pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą i na jego podstawie podpisał ów wniosek, potwierdził kopie dokumentów za zgodność z oryginałem, potwierdził za godność z oryginałem tłumaczenia, a także składał oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł także, że wykonawca Clariant SE nie złożył na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału, mimo wezwania do wyjaśnień, żadnego oświadczenia o tym czy podmiot ten należy do grupy kapitałowej. Odwołujący wskazał, że spółka Clariant ujawnia w Krajowym Rejestrze Sądowym, że jej głównym udziałowcem jest Clariant International Ltd. Informację tę podniósł w odwołaniu, aby wskazać, że oceny ofert i wniosków były również wadliwe, przyznając, że upłynął już 10-dniowy termin na jej kwestionowanie.

Wskazał, że upoważnienia wystawione przez Clariant SE są dokumentem prywatnym, złożenie kolejnego dokumentu prywatnego o dowolnej treści nie może skonwalidować pełnomocnictwa, gdyż uprawnienia, których Pan K..... nie posiadał w ramach przedłożonych dokumentów musiałyby być potwierdzone dokumentem z datą pewną sprzed momentu składania ofert.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Do oferty wykonawcy Clariant SE załączono „Upoważnienie dla przedstawiciela spółki Clariant w Polsce” z dnia 5.02.2013 roku, w którym stwierdza się:

„Niniejszym potwierdzamy, że Clariant Polska Sp. z o.o. w Polsce jest oficjalnym przedstawicielem spółki Clariant SE w zakresie sprzedaży środków do odladzania w Polsce, produkowanych przez Clariant Produkte (Deutschland) GmbH.

Ponadto potwierdzamy, że p. A..... K....., jest uprawniony do składania ofert oraz prowadzenia negocjacji w imieniu Clariant SE, Frankfurt am Main, Muttenz Branch, Switzerland, dotyczących dostaw produktów Safeway i Safewing na rynek polski.”

Zarówno na ofercie jak i dokumentach i oświadczeniach załączonych do oferty widnieje podpis nieczytelny wraz z pieczęcią: „Zgodne z oryginałem, A..... K.....”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Zdaniem Izby, wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Z treści przywołanego wyżej upoważnienia wynika, że: po pierwsze - Clariant Sp. z o.o. jest oficjalnym przedstawicielem spółki Clariant SE w Polsce, po drugie - pan A..... K..... jest uprawniony do składania ofert i prowadzenia negocjacji w imieniu Clariant SE.

Każde z powyższych upoważnień jest niezależne do siebie i nie wzajemnie się nie wyklucza. Clariant Sp. z o.o. jako osoba prawna jest przedstawicielem Clariant SE na terenie Polski i w jej imieniu mogą działać ujawnione w Krajowym Rejestrze Sądowym Clariant Sp. z o.o. osoby. Ustanowienie oficjalnego przedstawicielstwa nie wyklucza możliwości bezpośredniego udzielenia upoważnienia przez Clariant SE osobie fizycznej, nie wchodzącej w skład zarządu Clariant Sp. z o.o.

Izba w całej rozciągłości popiera stanowisko zaprezentowane w toku rozprawy przez pełnomocnika zamawiającego oraz przystępującego po jego stronie wykonawcy Clariant SE co do charakteru i zakresu udzielonego pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo udzielone panu A..... K..... jest pełnomocnictwem rodzajowym, obejmującym umocowanie do złożenia oferty oraz prowadzenia negocjacji w imieniu Clariant SE dotyczących dostaw produktów Safeway i Sefewing na rynek polski. Treść udzielonego pełnomocnictwa należy oceniać w oparciu o reguły wykładni oświadczeń woli zawarte w art. 65 kc, mając na uwadze okoliczności w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Niewątpliwie z okoliczności sprawy wynika, że intencją mocodawców, udzielających pełnomocnictwo panu A..... K..... było umocowanie go nie tylko do złożenia oświadczenia woli w samej treści oferty w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, ale także umocowanie go do dokonania wszystkich niezbędnych czynności faktycznych i prawnych związanych ze złożeniem oferty, w tym także oferty w postępowaniach o zamówienie publiczne. Z uwagi na powyższe za całkowicie nieuzasadnione należy uznać twierdzenie odwołującego, że udzielone upoważnienie uniemożliwia złożenie przez pana A..... K..... oferty w postępowaniach o zamówienie publiczne. Już sama treść upoważnienia nie wyłącza złożenia przez umocowanego A..... K..... oferty także w zamówieniach publicznych.

W ocenie Izby, sformułowanie użyte w treści upoważnienia „jest uprawniony do składania ofert”, należy rozumieć możliwie szeroko, nie tylko jako złożenie oferty w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, ale także złożenie, podpisanie czy poświadczenie za

zgodność z oryginałem wszelkich składanych wraz z ofertą załączników, kopii dokumentów czy tłumaczeń. Do dokonania wymienionych wszystkich czynności nie jest wymagana jakaś szczególna forma pełnomocnictwa, wszystkie te działania mają na celu skuteczne złożenie oferty oraz uzyskanie zamówienia publicznego. Takie intencje mocodawców zostały potwierdzone w załączonym do pisma procesowego złożonego przez przystępującego, oświadczeniu z dnia 10.06.2013, w którym potwierdzono, że cyt. „intencją spółki było umocowanie pana A. K..... do wszelkich czynności prawnych i faktycznych niezbędnych dla złożenia oferty w imieniu spółki” w rozpatrywanym, konkretnie wskazanym z nazwy postępowaniu o zamówienie publiczne.

Nie zasługuje także na uznanie twierdzenie odwołującego, że pan A. K..... nie posiadał uprawnień do poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów oraz złożonych wraz z ofertą tłumaczeń. Poświadczenie za zgodność z oryginałem to czynność faktyczna, którą należy oceniać jako oświadczenie wiedzy a nie woli, w którym poświadczający potwierdza jedynie, że jest mu znana treść oryginału w taki sposób że może poświadczyć tożsamość dokumentów. Do dokonania czynności poświadczenia za zgodność z oryginałem nie jest konieczne odrębne, szczególne pełnomocnictwo. Ponadto skoro A. K....., jak wskazano wyżej, był umocowany do dokonania czynności złożenia oferty w szerokim znaczeniu, w tym podpisania załączników składanych wraz z ofertą, to tym bardziej był on uprawniony do dokonania czynności faktycznej polegającej na poświadczeniu za zgodność z oryginałem dokumentów i tłumaczeń składanych wraz z ofertą.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, stwierdzając, że dotyczy on, co sam potwierdził odwołujący, etapu składania wniosków o dopuszczenie do udziału i na tym etapie postępowania jest zarzutem spóźnionym.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: