

WYROK
z dnia 16 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Honorata Łopianowska**
Protokolant: **Małgorzata Gil**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2014 r. przez wykonawcę Getin Noble Bank SA w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Zespół Opieki Zdrowotnej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Brodnicy, przy udziale wykonawcy Banku Spółdzielczego w Brodnicy - przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Getin Noble Bank SA w Warszawie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez Getin Noble Bank SA w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Zespół Opieki Zdrowotnej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Brodnicy, którego przedmiotem jest „*Udzielenie kredytu inwestycyjnego na potrzeby finansowania działalności inwestycyjnej Zespołu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, dokonując wyboru oferty złożonej przez Bank Spółdzielczy w Brodnicy. Wybór został poprzedzony wcześniejszym odwołaniem złożonym przez aktualnego Odwołującego, wskazującym na naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy w związku z przepisem art. 78 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez BS w Brodnicy w sytuacji, gdy oferta nie została złożona w formie pisemnej, w związku z czym jest nieważna, ewentualnie naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania BS w Brodnicy do złożenia niewadliwego pełnomocnictwa do złożenia oferty. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 14 listopada 2014 r. w spr. o sygn. KIO 2276/14 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie Banku Spółdzielczego w Brodnicy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pełnomocnictwa do podpisania oferty i powtórzenie czynności badania i oceny oferty. W uzasadnieniu wskazano, co do pełnomocnictwa z 23 września 2003 r. że „*w treści pełnomocnictwa jednoznacznie [...] ograniczono zakres wszelkich czynności prawnych do czynności „ w zakresie działania Oddziału”, co w powiązaniu ze wskazaniem, iż „Zarząd [...] udziela niniejszym Panu [...] Dyrektorowi Oddziału Banku w Brodnicy pełnomocnictwa [...]*”, oznacza, że [...] został umocowany wyłącznie do dokonywania w imieniu BS w Brodnicy wszelkich czynności prawnych w zakresie działania Oddziału Banku w Brodnicy”. Izba wskazała, że „*skoro BS w Brodnicy złożył wadliwe pełnomocnictwo dotyczące zakresu umocowania. to odrzucenie oferty tego wykonawcy powinno być poprzedzone wezwaniem do złożenia niewadliwego pełnomocnictwa, w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy. Nie wzywając BS w Brodnicy do złożenia pełnomocnictwa. zamawiający naruszył wskazany wyżej przepis*”. Izba podsumowała też: „*Zatem, zamawiający został zobowiązany do wezwania — w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - wykonawcy do złożenia, w wyznaczonym terminie pełnomocnictwa*” wskazując, że „*z treści pełnomocnictwa powinno wynikać uprawnienie p. [...] do podejmowania czynności w imieniu podmiotu składającego ofertę - Banku Spółdzielczego w Brodnicy*”.

Zamawiający, pismem z 11 grudnia 2014 r. zwrócił się do Banku Spółdzielczego w Brodnicy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy: *„wzywa do uzupełnienia pełnomocnictwa wystawionego przez Zarząd Banku Spółdzielczego w Brodnicy dla podpisującego ofertę Pana [...]. Z treści uzupełnionego pełnomocnictwa musi wynikać jednoznacznie uprawnienie Pana [...] do reprezentowania, wraz z innym członkiem zarządu, Banku Spółdzielczego w Brodnicy w czynnościach prawnych, w szczególności obejmujących składanie ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez Bank spółdzielczy w Brodnicy a także „wzywa również Wykonawcę do złożenia oświadczenia. podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji Banku Spółdzielczego w Brodnicy, potwierdzającego czynność prawną dokonaną przez Pana [...] wraz z członkiem zarządu Panem [...] polegająca na podpisaniu oferty, złożonej w dniu 17.10.2104r w imieniu Banku Spółdzielczego w Brodnicy”*

W dniu 15 grudnia 2014 r. Bank Spółdzielczy w Brodnicy złożył pełnomocnictwo z dnia 15 grudnia 2014 r. oraz oświadczenie z dnia 15 grudnia 2014 r.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Banku Spółdzielczego w Brodnicy.

III. W dniu 24 grudnia 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Bank Spółdzielczy w Brodnicy, wezwania tego wykonawcy do złożenia oświadczenia nieprzewidzianego przepisami ustawy oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, zarzucając:

- 1) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Bank Spółdzielczy w Brodnicy w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu,
- 2) naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwanie Wykonawcy Bank Spółdzielczy w Brodnicy do złożenia oświadczenia nie objętego dyspozycją tego przepisu,
- 3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy w związku z przepisem art. 82 ust. 2 ustawy oraz przepisami art. 73 § 1 i art. 104 zd. pierwsze k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Bank Spółdzielczy w Brodnicy w sytuacji, gdy oferta ta została podpisana przez osobę niemającą właściwego umocowania, w związku z czym jest nieważna i podlega odrzuceniu.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Wykonawcy Bank Spółdzielczy w Brodnicy, oraz powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podkreślił, że należy zwrócić uwagę na przepisy ustawy i jej nowelizację dokonaną ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [Dz. U. Nr 171, poz. 1058], która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. Przed nowelizacją ustawy przepis art. 26 ust. 3 miał brzmienie: *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania.* W wyniku nowelizacji, przepisem art. 26 ust. 3 objęte zostały także pełnomocnictwa, a nadto zamiast zwrotu „do ich uzupełnienia” ustawodawca użył zwrotu „do ich złożenia”. Zatem, w odniesieniu do pełnomocnictw, przepis art. 26 ust. 3 po nowelizacji miał [i ma w dalszym ciągu] brzmienie: *„Zamawiający wzywa wykonawców [...], którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, [...]”.*

Chociaż przepis art. 26 ust. 3 po nowelizacji nie mówi o uzupełnianiu pełnomocnictw, lecz wyłącznie o ich składaniu na wezwanie zamawiającego, to jednak mając na uwadze terminologię stosowaną przed nowelizacją w stosunku do oświadczeń i dokumentów, a także terminologię użytą w dyrektywach unijnych [art. 51 dyrektywy 2004/18/WE: instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów [...]] powszechnie zamiast „do złożenia” używa się zwrotu „do uzupełnienia”. Tą terminologią posługują się zamawiający i wykonawcy, a utrwała ją orzecznictwo KIO i sądów okręgowych. W żaden sposób nie oznacza to jednak, że przepis art. 26 ust. 3 należy interpretować wbrew jego literalnemu brzmieniu. Użycie zwrotu „wezwać [wzywa] do uzupełnienia” oznacza tylko i wyłącznie tyle, co „wezwać [wzywa] do złożenia”.

Dokładnie w takim znaczeniu należy rozumieć sentencję wyroku Izby z dnia 14 listopada 2014 r.: *„Izba [...] nakazuje zamawiającemu [...] wezwanie wykonawcy Bank Spółdzielczy w Brodnicy [...] do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pełnomocnictwa do podpisania oferty”,* tym bardziej, że w uzasadnieniu Izba wyraźnie wskazuje: *„odrzucenie oferty tego wykonawcy powinno być poprzedzone wezwaniem do złożenia niewadliwego pełnomocnictwa, w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy. Nie wzywając BS w Brodnicy do złożenia pełnomocnictwa, zamawiający naruszył wskazany wyżej przepis. Zatem, zamawiający został zobowiązany do wezwania - w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - wykonawcy do złożenia, w wyznaczonym terminie pełnomocnictwa”.*

Tylko i wyłącznie w ten sposób należy rozumieć wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia pełnomocnictwa z dnia 11 grudnia 2014 r.: *„Zamawiający wzywa do uzupełnienia pełnomocnictwa”*. Tylko i wyłącznie w ten sposób mógł rozumieć wezwanie Bank Spółdzielczy w Brodnicy, jako że był uczestnikiem postępowania odwoławczego i zapoznał się [a przynajmniej powinien dochować należytej staranności i zapoznać się] z orzeczeniem Izby.

Nowelizacja ustawy z 2008 r. nie tylko zmieniła terminologię, którą posłużył się ustawodawca, lecz, reżimem art. 26 ust. 3 objęte zostało także pełnomocnictwo. Przed nowelizacją ustawy oferta podpisana przez pełnomocnika, do której wykonawca nie załączył pełnomocnictwa lub załączył wadliwe pełnomocnictwo, co do zasady podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z przepisem art. 104 zd. pierwsze k.c. w związku z przepisem art. 14 ustawy.

Odwołujący napisał wyżej *„co do zasady podlegała odrzuceniu”*, jako że zamawiający próbując *„ratować postępowanie”*, w tym ofertę najkorzystniejszą, niekiedy posługiwali się przepisem art. 104 zd. drugie k.c.: *„Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania”* twierdząc, że zgodzili się na działanie pełnomocnika bez umocowanie lub z przekroczeniem zakresu umocowania. Wówczas miał odpowiednie zastosowanie przepis art. 103 § 1 k.c.: *„Jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta”* oraz § 2: *„Druga strona może wyznaczyć osobie, w której imieniu umowa została zawarta, odpowiedni termin do potwierdzenia umowy; staje się wolna po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu”*. Owa próba ratowania postępowania na podstawie ww. przepisów k.c. znajdowała niekiedy potwierdzenie w orzeczeniach uprzednio zespołów arbitrów, a następnie KIO.

Nie wchodząc w tym miejscu w dyskusję, czy zasadnie czy też nie próbowano stosować ww. przepisy kodeksu cywilnego [Odwołujący twierdzi, że niezasadnie, co także znajduje wyraz w orzeczeniach Izby, przykładowo w wyroku z dnia 19 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 939/08, czy w wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1534/08], należy stwierdzić, że nie ma to obecnie żadnego znaczenia, gdyż po nowelizacji ustawy w 2008 roku, brak pełnomocnictwa lub wadliwość pełnomocnictwa została uregulowana przepisem art 26 ust. 3 ustawy, a de facto przepisem art. 26 ust. 3 ustawy zostały uregulowane czynności zamawiającego, jakie obowiązany jest podjąć w sytuacji braku pełnomocnictwa lub pełnomocnictwa zawierającego wady. Zamawiający ma wówczas obowiązek wezwać

wykonawcę do złożenia [„do uzupełnienia”] brakującego lub wadliwego pełnomocnictwa. Ustawa natomiast nie daje zamawiającemu możliwości wezwania wykonawcy do „potwierdzenia oferty”, jak również nie daje możliwości wykonawcy samodzielnego „potwierdzenia oferty”, przede wszystkim dlatego, że zamawiający nie ma możliwości [ustawa nie daje mu takiej możliwości] wyrażenia zgody na działanie pełnomocnika bez umocowania lub z przekroczeniem zakresu umocowania. W sytuacji braku umocowania pełnomocnika [przekroczenia zakresu umocowania] do złożenia [podpisania] oferty [ale także do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz do innych czynności wykonywanych w toku postępowania] zamawiający ma obowiązek zastosować przepis art. 26 ust. 3 i wezwać wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa [do złożenia pełnomocnictwa nie zawierającego wad]. Właśnie ten obowiązek nałożony nowelą na zamawiającego przesądza, że zamawiający nie ma możliwości wyrażenia zgody na działanie pełnomocnika bez umocowania lub z przekroczeniem zakresu umocowania. Tym samym nie jest możliwe zastosowanie przepisu art. 103 § 1 k.c. w związku z art. 104 zd. drugie k.c. Gdyby przepis ten hipotetycznie mógł mieć zastosowanie, to zamawiający musiałby, mając na uwadze przepis art. 7 ust. 1, w szczególności wykluczenie arbitralnego stosowania ww. przepisów kodeksu cywilnego [w tym wykluczenie możliwości manipulowania postępowaniem], w warunkach postępowania [w ogłoszeniu o zamówieniu i/lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia] zawrzeć postanowienie, iż wyraża zgodę na działanie pełnomocnika bez umocowania, jeżeli oferta/wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podpisany jest przez pełnomocnika. Tymczasem uprawnienia do zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu i/lub w SIWZ takiego postanowienia nie daje zamawiającemu żaden przepis ustawy.

Wyrażony pogląd o niedopuszczalności stosowania przepisu art. 103 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 104 zd. drugie k.c. w sytuacji niezłożenia wraz z ofertą pełnomocnictwa lub złożenia wadliwego pełnomocnictwa potwierdza załączona do odwołania opinia prawna nt. uzupełnienia pełnomocnictwa do złożenia oferty przetargowej, stanowiąca stanowi integralną część odwołania. Wyrażony pogląd potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wydane na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów. I tak:

- „Nie ulega wątpliwości, iż złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi jednostronną czynność prawną. Złożenie wniosku nie wymaga bowiem akceptacji ze strony zamawiającego. Jedyne upoważnia go do badania takiego wniosku pod względem dochowania wymaganej formy, zgodności z przepisami o reprezentacji, jak również oceny, czy złożone wraz z wnioskiem dokumenty potwierdzają spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Wobec powyższego do tego rodzaju czynności będzie

miał zastosowanie wprost art 104 ustawy Kodeksu cywilnego, w związku z art. 14 ustawy Pzp, który stanowi, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jak wynika z powyższej normy prawnej czynność taka jest bezwzględnie nieważna bez możliwości jej konwalidowania”[wyrok z dnia 15 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2361/10],

- „zdaniem Izby specyfika i formalizm cechujący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwalają na zastosowanie rozwiązań zawartych w art. 103 i 104 do działań pełnomocnika/substytutu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazują na to następujące argumenty: Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że prymat w takim postępowaniu mają przepisy ustawy Pzp, a przepisy K.c. znajdują zastosowanie w tych kwestiach prawnych, których ustawa Pzp nie reguluje. W ocenie Izby o braku możliwości działania bez pełnomocnictwa lub z przekroczeniem jego zakresu świadczy przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w myśl którego zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli pełnomocnictw lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa do ich złożenia w wyznaczonym terminie. W świetle tego przepisu oczywistym wydaje się wniosek, że wobec zamawiającego należy wykazać się umocowaniem do działania poprzez przedłożenie dokumentu pełnomocnictwa oraz tym, że pełnomocnictwo to nie jest wadliwe”[wyrok z dnia 12 maja 2011 r. sygn. akt KIO 786/11, KIO 797/11],

- „W wykonaniu wyroku Izby zamawiający wezwie odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pana P. J. w dacie złożenia przez niego oświadczenia” [wyrok z dnia 4 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2754/11],

- „odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika, który w dacie otrzymania pełnomocnictwa nie posiadał w tym zakresie stosownego umocowania od członków konsorcjum, tj. działał w charakterze rzekomego substytutu, a działanie tego rodzaju pełnomocnika w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wykluczone” [postanowienie z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 335/13],

- W wyniku wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających umocowanie osób poświadczających dokument za zgodność z oryginałem do dokonania tej czynności, Prezes zarządu wykonawcy zamiast pełnomocnictw złożył oświadczenia potwierdzające czynność tych osób. Izba uznała to za niedopuszczalne, stwierdzając: „oświadczenia Prezesa Zarządu

KIR S.A. nie można uznać za dokument pełnomocnictwa wymagany w wezwaniu i tym samym wykonawca nie uzupełnił w wyznaczonym terminie żądanych dokumentów. Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że za dokument potwierdzający to umocowanie nie mogą być uznane same oświadczenia złożone w imieniu KIR S.A. w dniu 30 kwietnia 2013 r., albowiem de facto, biorąc pod uwagę ugruntowane w doktrynie prawa cywilnego stanowisko. prowadziłoby to w świetle art. 104 kodeksu cywilnego do potwierdzenia czynności jednostronnej, dokonanej przez pełnomocnika bez umocowania” [wyrok z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1184/13],

- Izba stwierdziła: „ponadto, z art. 26 ust. 3 Pzp wynika obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia braku pełnomocnictwa, jak również pełnomocnictwa wadliwego [bez wskazanego w ustawie ograniczenia zakresu wadliwości], dopiero w przypadku braku uzupełnienia ziszcza się przesłanka odrzucenia oferty, bez stosowania art. 104 zd. 2 k.c” [wyrok z dnia 30 września 2014 r., sygn. akt KIO 1898/14].

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że:

1) Zamawiający pismem z dnia 11 grudnia 2014 r., wykonując wyrok KIO z dnia 14 listopada 2014 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Bank Spółdzielczy w Brodnicy do uzupełnienia pełnomocnictwa dla wskazanej osoby, wyznaczając termin uzupełnienia do dnia 15 grudnia 2014 r.

2) W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w określonym przez Zamawiającego terminie, Bank Spółdzielczy w Brodnicy złożył dokument oznaczony jako „Pełnomocnictwo”, wystawiony w dniu 15 grudnia 2014 r., w którym Zarząd Banku Spółdzielczego w Brodnicy:

a) uzupełnia pełnomocnictwo udzielone [...] w dniu 23 września 2003 r. czyli pełnomocnictwo, które zostało załączone do oferty złożonej przez Bank Spółdzielczy w Brodnicy w dniu 17 października 2014 r.,

b) udziela [...] pełnomocnictwa do reprezentowania Banku [wraz z innym członkiem Zarządu], w czynnościach prawnych obejmujących między innymi składanie ofert i oświadczeń woli w imieniu Banku, upoważniając [...] do składania ofert w imieniu Banku także w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w przedmiotowym postępowaniu.

c) wskazuje cel wystawienia dokumentu pełnomocnictwa, którym jest: potwierdzenie uprawnień [...] nadanych mu mocą pełnomocnictwa udzielonego przez Zarząd Banku w dniu 23 września 2003 r. i wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości, co do zakresu upoważnienia wynikającego z pełnomocnictwa z dnia 23 września 2003 r.

3) Jedyne i zasadnicze znaczenie ma data wystawienia dokumentu „Pełnomocnictwo”, czyli dzień 15 grudnia 2014 r. w sytuacji, gdy oferta Banku Spółdzielczego w Brodnicy została podpisana przez m.in. przez wskazywaną osobę w dniu 17 października 2014 r. i w tym dniu złożona Zamawiającemu. Tak więc pełnomocnictwo to, jako wystawione po wykonaniu czynności podpisania oferty nie może upoważniać i nie upoważnia wskazanej w nim osoby do podpisania oferty. „Uzupełnienie pełnomocnictwa” przez „udzielenie pełnomocnictwa” w zakresie w nim wskazanym może wywoływać skutek wyłącznie na przyszłość, tj. od dnia 15 grudnia 2014 r. Tzw. „potwierdzenie uprawnień” wskazanej osoby jako cel wystawienia dokumentu pełnomocnictwa oraz wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości nie mają żadnego znaczenia prawnego, gdyż do niczego wskazanej osoby nie umocowują.

Tym samym Bank Spółdzielczy w Brodnicy na wezwanie Zamawiającego nie złożył wymaganego przez Zamawiającego pełnomocnictwa, które umocowywałoby osobę do podpisania oferty w dniu 17 października 2014 r., co oznacza, że oferta BS w Brodnicy została podpisana przez osobę nieumocowaną [mając dodatkowo na uwadze obowiązek złożenia oferty w formie pisemnej pod rygorem nieważności, art. 82 ust. 2 ustawy], a więc oferta ta jest nieważna.

W związku z tym, uwzględniając prawidłowość wezwania Banku Spółdzielczego w Brodnicy na mocy przepisu art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia pełnomocnictwa, oraz tylko jednokrotną możliwość zastosowania tej procedury do tego samego dokumentu, oferta Banku Spółdzielczego w Brodnicy podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust 1 pkt 1 i 8 ustawy w związku z przepisem art. 82 ust. 2 ustawy oraz przepisami art. 73 § 1 i art. 104 zd. pierwsze k.c. Nie odrzucając oferty BS w Brodnicy Zamawiający naruszył wskazane wyżej przepisy, a wybierając tę ofertę jako najkorzystniejszą naruszył także przepis art. 91 ust. 1 ustawy.

Pismem z dnia 11 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwał także Bank Spółdzielczy w Brodnicy do złożenia oświadczenia potwierdzającego czynność prawną dokonaną przez wskazaną osobę, polegającą na podpisaniu oferty złożonej w imieniu Banku w dniu 17 października 2014 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Bank Spółdzielczy w Brodnicy złożył dokument datowany dnia 15 grudnia 2014 r. oznaczony jako „Oświadczenie”, w którym potwierdza dokonaną czynność prawną polegającą na podpisaniu oferty Banku złożonej w dniu 17 października 2014 r.

6) Wezwanie Banku Spółdzielczego w Brodnicy do złożenia oświadczenia potwierdzającego

czynność prawną dokonaną przez wskazywaną osobę polegającą na podpisaniu oferty nie może wywołać i nie wywołuje żadnych skutków prawnych, jako że zostało dokonane z naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, który nie upoważnia Zamawiającego do wezwania do złożenia takiego oświadczenia. „Oświadczenie” takie nie jest bowiem ani pełnomocnictwem, ani dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Do takiego wezwania nie upoważnia Zamawiającego żaden inny przepis ustawy, zaś przepisu art. 26 ust. 3, jako wyjątku, nie można interpretować rozszerzająco. Zwracała na to uwagę wielokrotnie KIO. Przykładowo, w wyroku z dnia 6 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1522/14] Izba stwierdziła: *„podkreślenia wymaga, że obowiązkiem wykonawców jest składanie kompletnych wniosków czy ofert, instytucja uzupełnienia jest szczególnym narzędziem służącym konwalidowaniu błędów wykonawców, stanowiącym jednocześnie wyłom od wskazanej reguły, zatem nie może być interpretowania w sposób rozszerzający i stanowić obowiązku dla zamawiających doprowadzenia do stanu, w którym wnioski czy też oferty będą prawidłowe”*.

7) „Oświadczenie” złożone przez Bank Spółdzielczy w Brodnicy, niezależnie od tego, czy zostało złożone na wezwanie Zamawiającego, czy też samodzielnie, nie może wywołać i nie wywołuje żadnych skutków prawnych, co Odwołujący szeroko uzasadnił wyżej.

8) Zamawiający w SIWZ zawarł następujące postanowienia: *„Gdy ofertę podpisuje osoba, która nie jest wymieniona w dokumencie stwierdzającym uprawnienia do występowania w obrocie prawnym, do oferty musi być dołączone na piśmie stosowne pełnomocnictwo w tej sprawie podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania firmy. Pełnomocnictwo ma być dołączone do oferty, o ile nie wynika z innych dokumentów załączonych przez Wykonawcę do oferty i jest jej integralną częścią. Do oferty musi być dołączony oryginał pełnomocnictwa, jeśli jest przed-stawiana kopia to musi być poświadczona notarialnie”* [rozd. VII ust. 5 pkt 5.4 SIWZ] oraz *„Oferta musi być podpisana przez Wykonawcę lub upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy. W przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje pełnomocnik, do oferty musi być dołączone pełnomocnictwo, określające zakres umocowania. Pełnomocnictwo składa się w formie oryginału”* [rozd. XII ust. 10 SIWZ]. Powyższe dodatkowo potwierdza, że sam Zamawiający nie zgadzał się na działanie pełnomocnika bez umocowania.

9) Już tylko na marginesie należy dodać, że wezwanie Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2014 r. zawiera uzasadnienie, w którym Zamawiający stwierdził, że treść pełnomocnictwa odnosząca się do zakresu umocowania wskazywanej osoby wzbudza wątpliwości podzielone przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej. Nie jest jasne w jakim celu

Zamawiający zawarł owo stwierdzenie, ale trudno je traktować poważnie, nadto jest ono nieprawdziwe. Należy bowiem spytać: skoro treść pełnomocnictwa wzbudza wątpliwości, to czyje? Tylko cztery „podmioty” wypowiedziały się w przedmiocie treści pełnomocnictwa dla wskazanej osoby: Zamawiający, Bank Spółdzielczy w Brodnicy, Odwołujący i KIO. W ocenie Zamawiającego i Bank Spółdzielczy w Brodnicy, co wynika z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie złożonej w poprzednio prowadzonym postępowaniu odwoławczym, uzasadnienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania przez Bank Spółdzielczy w Brodnicy oraz oświadczeń składanych podczas rozprawy przez pełnomocników Zamawiającego i Banku Spółdzielczego w Brodnicy, jednoznacznie wynika, że zarówno dla Zamawiającego, jak i dla Banku Spółdzielczego w Brodnicy treść pełnomocnictwa nie budziła jakichkolwiek wątpliwości - podmioty te twierdziły, że pełnomocnictwo, co wynika z jego treści, jest w pełni poprawne i umocowuje osobę do podpisania oferty. Z kolei Odwołujący nie miał żadnych wątpliwości - w złożonym wówczas odwołaniu oraz piśmie procesowym dowodził, że pełnomocnictwo nie umocowuje osoby do podpisania oferty. KIO nie podzieliła żadnych [niczyich] wątpliwości - Izba jednoznacznie stwierdziła wadliwość pełnomocnictwa, czego wyrazem był wydany wyrok z dnia 14 listopada 2014 r.

Skoro wezwanie przez Zamawiającego Bank Spółdzielczy w Brodnicy do złożenia oświadczenia potwierdzającego czynność prawną dokonaną przez wskazaną osobę polegającą na podpisaniu oferty nie ma podstaw w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy, to tym samym wystosowując takie wezwanie do Bank Spółdzielczy w Brodnicy Zamawiający naruszył ten przepis. Jednak naruszenie tego przepisu nie ma wpływu na wynik postępowania, a więc w związku z jego naruszeniem Odwołujący nie wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności.

Odwołujący załączył opinię prawną jednego z przedstawicieli świata nauki wyspecjalizowanego w zakresie zamówień publicznych, tytułem odpowiedzi, czy w przetargu nieograniczonym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, jest dopuszczalne uzupełnienie pełnomocnictwa do złożenia oferty przetargowej w ten sposób, że po upływie terminu do złożenia ofert mocodawca poszerzy pełnomocnikowi zakres pierwotnego umocowania lub potwierdzi zamawiającemu ważność oferty złożonej bez dostatecznego umocowania w oparciu o art. 104 zd. 2 w zw. z art 103 § 1 kodeksu cywilnego? na tle obowiązujących przepisów prawa oraz dorobku piśmiennictwa i orzecznictwa. W opinii wyrażono pogląd, że według art. 82 ustawy Prawo zamówień publicznych w przetargu nieograniczonym każdy zainteresowany może złożyć tylko jedną ofertę, pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym. Uwzględniając

dyspozycję z art. 14 Pzp, zarówno do pojęcia samej oferty przetargowej - jako oświadczenia woli [w świetle art. 66 kodeksu cywilnego [dalej: „kc”] oferta przetargowa to jednostronne oświadczenie woli złożone drugiemu w celu zawarcia umowy], jak i do warunków zachowania formy pisemnej [w myśl art. 78 § 1 kc do zachowania formy pisemnej oferty potrzeba złożenia własnoręcznego podpisu osoby uprawnionej na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli], stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Brak bowiem jakiegokolwiek przepisu odrębnego normującego odmiennie te kwestie. Na dodatek obowiązuje odwieczna zasada, że pełniących rolę *lex specialis* przepisów odrębnych nie wolno interpretować rozszerzająco, zwłaszcza wyjątkowego art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnianiu dokumentów i pełnomocnictw, towarzyszących ofercie. Przede wszystkim nie można wyprowadzać z nich wniosków nie wynikających wprost z ich treści, tym bardziej w obliczu prywatnoprawnego statusu wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne [por. w tym zakresie R. Szostak: Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne - zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005] s. 73 i n., tenże w: System zamówień publicznych w Polsce, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 221 i n., W. Łysakowski: Prawo zamówień publicznych - Komentarz, Warszawa 2007, s. 293, W. Dzierżanowski: Prawo zamówień publicznych - Komentarz, Warszawa 2010, ts. 378, S. Babiarczyk: Prawo zamówień publicznych - Komentarz, Warszawa 2011, s. 456, J. Pieróg: Prawo zamówień publicznych - Komentarz, Warszawa 2013, s. 303 i n. oraz A. Gawrońska-Baran: Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne, Warszawa 2014, a także powołaną przez tych Autorów literaturę polską i zagraniczną oraz bogate orzecznictwo sądowe]. Konsekwencją złożenia oferty przetargowej bez umocowania lub bez dostatecznego umocowania bądź z przekroczeniem jego zakresu jest bezwzględna nieważność oferty jako oświadczenia woli na podstawie art. 104 zd. 1 kc, a także na podstawie art. 73 § 1 kc. Po pierwsze, zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 104 zd. 1 kc jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez dostatecznego umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Zastosowanie zaś przepisu art. 104 zd. 2 kc o możliwości potwierdzenia *ex post* takiej czynności przez mocodawcę w przetargu na zamówienie publiczne odpada, skoro nie da się spełnić przewidzianego w tym przepisie warunku jej konwalidacji, ponieważ „ten komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu bez umocowania” [zamawiający] nie może się zgodzić na „działanie bez umocowania”, co wynika z art. 36 Pzp, regulującego wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz braku jakiegokolwiek innego przepisu dopuszczającego takie działanie. Poza tym byłoby to sprzeczne z istotą samego przetargu toczącego się w ramach wielostronnego stosunku proceduralnego, przy poszanowaniu zasady równego traktowania konkurentów i reguł uczciwej konkurencji [art. 7 ust. 1 Pzp]. Automatyzm przetargowy wyklucza nawet prowadzenie jakichkolwiek negocjacji

uzupełniających co do treści ofert [art. 87 ust. 1 Pzp]. Po drugie, stosownie do ogólnego art. 73 § 1 kc, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej [tu: jednostronnej - oferty] formę pisemną pod wyraźnym rygorem nieważności, czynność dokonana z pogwałceniem warunków przewidzianych dla zachowania tej formy [własnoręczny podpis uprawnionego na dokumencie] jest bezwzględnie nieważna z uwagi na brak wymaganej formy. Jednocześnie z mocy jednoznacznego art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp oferta nieważna nie może być zakwalifikowana do wartościującej oceny - podlega odrzuceniu. Bezwzględna nieważność oferty następuje ipso iure, od razu z chwilą jej złożenia drugiej stronie, ponieważ jest ona w istocie dotknięta brakiem niezbędnej osnowy w postaci skutecznego dokumentu. Nieważność polega bowiem na tym, że pismo w sprawie oferty złożone na przetarg nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Braku tego nie można później „uzupełnić”, ani w żaden inny sposób reaktywować bezskutecznej czynności prawnej. W doktrynie i orzecznictwie panuje bowiem niekwestionowany pogląd, że późniejsze wystawienie aktu pełnomocnictwa nie może konwalidować czynności bezwzględnie nieważnej [por. zwłaszcza uchwałę Sądu Najwyższego z 27 lipca 1989 r., III CZP 69/89, Biuletyn Sadu Najwyższego, Nr 7, s. 8 - 9 oraz LexPolonica nr 320293, także uzasadnienie do wyroku KIO z 15 listopada 2010 r., KIO 2361/10, ponadto M. Pazdan: Kodeks cywilny, t. 1, Komentarz do art. 1 - 449, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 481 oraz S. Rudnicki: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza - część ogólna, Warszawa 2009, s. 468]. Oferent, który w porę zorientuje się o nieważności złożonej przez siebie oferty, może co najwyżej ją wycofać przed upływem terminu przewidzianego do składania ofert i złożyć nową ofertę, prawidłowo przygotowaną [art. 84 ust. 1 Pzp]. Na nieważność bezwzględną czynności może się powoływać w dowolnym czasie każdy, kto ma w tym interes prawny [więcej o tym Z. Radwański: System prawa cywilnego, prawo cywilne część ogólna, t. 2, Warszawa 2002 s. 427 i n.].

Osobną sprawą jest dopuszczalność złożenia [„uzupełnienia”] przez wykonawcę, już po otwarciu ofert przetargowych, niezależnego uprzednio aktu pełnomocnictwa pisemnego albo załączonego „wadliwego” pełnomocnictwa na wezwanie zamawiającego - organizatora przetargu, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Uzupełnieniem pełnomocnictwa można operować sensownie jedynie w sytuacji, gdy w momencie podpisania oferty w zastępstwie wykonawcy, pożądane pełnomocnictwo już funkcjonuje, jako rzeczywiście udzielone w przepisanej formie, z dostatecznym zakresem umocowania [choć niekoniecznie musi być w fizycznej dyspozycji zainteresowanego pełnomocnika], lecz z jakichś przyczyn nie zostało w porę dołączone do oferty albo omyłkowo przedłożono pełnomocnictwo wadliwe lub inne niż faktycznie udzielone. W

przeciwnym wypadku od razu, z chwilą złożenia oferty, dochodzi do nieważnej czynności prawnej.

W pojęciu uzupełnienia pełnomocnictwa w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp w ogóle nie mieści się stworzenie z datą wsteczną nowego [prawidłowego] - aktu pełnomocnictwa [staje się bezprzedmiotowe], ani tym bardziej potwierdzenie przez mocodawcę oferty złożonej bez umocowania [jest nieważne], a skoro nawet sam przepis art. 26 ust. 3 Pzp w ogóle o tym nie wspomina - „uzupełnienie” takie jest wykluczone [więcej o tym M. Makowski: Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów w zamówieniach publicznych po nowelizacji prawa z 4.9.2008 r., Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych, 2009, Nr 1, s. 11 - 14]. De lege ferenda postulować można usprawnienie tej kwestii w Prawie zamówień publicznych, tak aby można było posługiwać się szerzej odpisem pełnomocnictwa, okazaniem oryginału do wglądu zamawiającego, czy nawet dopuścić wyjątkową możliwość wyrażenia z góry [dla wszystkich konkurentów] zgody przez zamawiającego bezpośrednio w warunkach zamówienia na przejściowe działanie oferenta bez umocowania. Jednak w obecnym stanie prawnym jest to niedopuszczalne, a spotykane niekiedy w praktyce założenie, że zamawiający wybierając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną bez umocowania wyraża pośrednio [w sposób dorozumiany] zgodę na działanie bez umocowania, jest całkowicie pozbawione podstaw prawnych [także z uwagi na rodzaj czynności i wymóg zachowania pisemnej formy pod rygorem nieważności], tym bardziej jeśli uprzednio zamawiający wyraźnie żądał czego innego, a mianowicie przedłożenia prawidłowego pełnomocnictwa. Wobec powyższego, jeśli w przetargu nieograniczonym ubiegający się o zamówienie wykonawca złożył ofertę bez pełnomocnictwa lub z pełnomocnictwem do jej podpisania, nie zawierającym jednak dostatecznego zakresu umocowania, którego nie zdołano skutecznie „uzupełnić” w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, oferta taka jako nieważna powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 104 zd. 1 kc.

IV. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Bank Spółdzielczy w Brodnicy, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów

Odwołujący będzie mógł uzyskać zamówienie.

Odwołanie nie mogło być uwzględnione. Dostrzeżenia na wstępie wymaga, że pozostawione do rozstrzygnięcia zagadnienie, wyznaczone zakresem zarzutów odwołania znajduje bogate [choć postrzegane w wielu odmiennych aspektach] odzwierciedlenie w orzecznictwie a także doktrynie, czego wyrazem jest szeroki wachlarz poglądów oraz orzeczeń przedstawionych przez każdą ze stron w toku postępowania odwoławczego, stosownie do zajmowanej pozycji procesowej.

Po pierwsze, podkreślenia wymaga, że do złożenia oferty niezbędne jest posiadanie przez osoby składające w imieniu wykonawcy oświadczenie woli w przedmiocie udziału w postępowaniu a także w przedmiocie zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia stosownego umocowania w dacie składania ofert. W przeciwnym bowiem wypadku nie będziemy mieli do czynienia ze złożeniem oferty. Nie bez powodu przy tym ustawodawca stawia w systemie zamówień publicznych bardzo kategoryczny wymóg złożenia oferty w nieprzekraczalnym terminie składania ofert. Konsekwencją powyższego jest konieczność posiadania takiego umocowania w dacie składania ofert.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje natomiast zamawiającemu odrzucenie oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Doktryna i orzecznictwo wiążą zastosowanie przywołanej normy przede wszystkim z wadliwością oświadczenia woli stanowiącego ofertę w szczególności w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę do dokonania tej czynności. Kwestię do rozstrzygnięcia stanowi zatem, czy w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, oferta złożona została przez osoby posiadające stosowne pełnomocnictwo do działania w imieniu Banku Spółdzielczego w Brodnicy w dacie składania ofert, bowiem tylko do tej daty mogła być złożona oferta.

Po drugie, odrębną sprawą jest posiadanie stosownego umocowania, rozumianego jako posiadanie przez umocowanego do działania w cudzym imieniu odpowiedniego zakresu uprawnień, wynikających z woli i intencji mocodawcy. Pełnomocnictwo to czynność prawna, której treścią jest oświadczenie woli mocodawcy upoważniające osobę lub osoby do dokonywania w jego imieniu czynności prawnych określonych w pełnomocnictwie. Na podstawie tego umocowania pełnomocnik jest upoważniony do zastępstwa mocodawcy, w zakresie określonym w pełnomocnictwie, w stosunkach prawnych z innymi osobami. Jest poza sporem, że czynność złożenia oferty w postępowaniu mającym za przedmiot udzielenie zamówienia publicznego może być dokonana przez pełnomocnika i że pełnomocnictwo

wymaga zachowania formy pisemnej [art. 99 kc w zw. z art. 9 ust. 1 i art. 14 ust. 1 Pzp].

Ten stosunek materialny, który wyraża się w udzieleniu innej osobie [albo osobom] pełnomocnictwa do działania w cudzym imieniu nie zawsze musi zostać w dokumencie pełnomocnictwa wystarczająco czytelnie, w sposób oddający intencje zainteresowanych stron wyartykułowany – nie należą do rzadkości spory, osadzone w treści dokumentu pełnomocnictwa.

Po trzecie, przepis art. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierający definicje nie wyprowadza odrębnej definicji pełnomocnictwa. Z tego względu przy prawnej ocenie zarzutu zastosowanie znajdują na podstawie brzmienia art. 14 ustawy przepisy kodeksu cywilnego. Art. 96 Kc stanowi, że istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu. Oznacza to możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy zgodnie z art. 95 § 2 Kc. Na mocy natomiast art. 109 Kc, pełnomocnik może też odbierać oświadczenia kierowane do mocodawcy. O niezbędnej treści pełnomocnictwa stanowi art. 98 Kc rozróżniający pełnomocnictwo ogólne [do czynności zwykłego zarządu], rodzajowe [określające rodzaj czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu] oraz pełnomocnictwo szczególne udzielane dla dokonania poszczególnej czynności. Pełnomocnictwo winno być zatem rozpatrywane na gruncie przepisów prawa cywilnego. Po myśli art. 14 ustawy, Przepisy ustawy – Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem, którego celem jest zawarcie umowy i jako takie nie jest wyłączone z zakresu działania reguł prawa cywilnego, w części nie podlegające regulacji w ustawie Prawo zamówień publicznych. Dokument stwierdzający ustanowienie pełnomocnika, tak jak inne oświadczenie podlega bowiem interpretacji. Znajduje do niego zastosowanie ogólna reguła wyrażona w art. 65 § 1 Kc. Przepis ten stanowi, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Analizując treść pełnomocnictwa, należy brać pod uwagę reguły interpretacyjne dotyczące oświadczeń woli, zawarte w art. 65 k.c. [M. Pazdan [w:] System Prawa Prywatnego, t. II, s. 495]. Należy jednak zachować przy tym szczególną ostrożność, mając przede wszystkim na względzie, że stosunek między mocodawcą a pełnomocnikiem opiera się na zaufaniu mocodawcy do pełnomocnika [por. B. Gawlik [w:] System prawa cywilnego, t. I, s. 783]. Na gruncie art. 65 k.c. stosuje się kombinowaną metodę wykładni, opartą na

kryteriach subiektywnym i obiektywnym. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami, tj. za wiążący uznaje się taki sens oświadczenia woli, jak rozumiała je zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Decyduje zatem rzeczywista wola stron, tj. kryterium subiektywne, co znajduje uzasadnienie normatywne w treści art. 65 § 2 k.c. W sytuacji, gdy okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, następuje przejście do obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli jak adresat sens oświadczenia woli winien rozumieć przy zastosowaniu starannych zabiegów interpretacyjnych. Na tym etapie przeważa ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli, nad rozumieniem nadawcy, co ma sprzyjać pewności stosunków prawnych, a w konsekwencji pewności obrotu.

Po czwarte, wszelkie nieścisłości i wątpliwości w zakresie uprawnień pełnomocnika wynikających z pełnomocnictwa, szczególnie w obrocie tak sformalizowanym, jakim jest obrót w ramach systemu zamówień publicznych wymagają wyeliminowania. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem regułami, które wymagają usunięcia wszelkich wątpliwości, w tym takich które prowadziłyby do ewentualnych sporów co do uprawnienia wykonawcy do zawarcia umowy czy groziły uchYLENIEM się przed wykonawcą od zawartej umowy na podstawie zarzutów osadzonych w treści pełnomocnictwa do złożenia oferty. Stąd wątpliwości co do zakresu umocowania powinny zostać usunięte, a rezultatem ich usunięcia powinno być uzyskanie przez zamawiającego dokumentu, z którego treści, bez jakichkolwiek wątpliwości będzie wynikało uprawnienie pełnomocnika do złożenia oferty. Stąd właściwym instrumentem do eliminowania tego rodzaju wątpliwości jest przede wszystkim uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa, do czego wyraźnie nawiązuje art. 26 ust. 3 ustawy, wymieniając wśród dokumentów podlegających uzupełnieniu pełnomocnictwa. Do usuwania niedoskonałości wynikających z treści pełnomocnictwa właściwy jest więc ten przepis, choć i wyjaśnienie – na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy – nie wydaje się wyłączone, to jednak pełne bezpieczeństwo i pewność co do zakresu umocowania zamawiający może uzyskać przede wszystkim w wyniku uzupełnienia jednoznacznego dokumentu pełnomocnictwa. Potwierdza to uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 grudnia 2013 r. w spr. V Ca 3201/13], w którym podkreślono: *„Praktyka stosowania omawianego przepisu wyewoluowała w ten sposób, że każdy dokument pełnomocnictwa budzący wątpliwości co do zakresu umocowania lub prawidłowości umocowania pełnomocnika powinien być uzupełniony - czyli poprawiony przez mocodawcę w ten sposób, by umocowanie z niego wynikało. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy celem uzupełnienia pełnomocnictw w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie,*

tj. w sytuacji niezłożenia pełnomocnictwa lub złożenia pełnomocnictwa wadliwego. Okolicznościami w których zamawiający uprawniony jest do zaniechania stosownego wezwania jest konieczność odrzucenia oferty wykonawcy lub unieważnienia postępowania.”

Po piąte, ustawodawca w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost przewiduje możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa. Przepis ten stanowi, że 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. Jak zatem wynika z przytoczonego przepisu prawa, jedną z kategorii uzupełnień, których dokonanie jest dopuszczone na podstawie art. 26 ust. 3 dodaną nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. są pełnomocnictwa. Niezłożenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego powoduje zatem bez wątpienia powstanie po stronie zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy przez do uzupełnienia dokumentu. Wyraz takiego podejścia dał także skład orzekający w tym postępowaniu, wyrokiem z dnia 14 listopada 2014 r. w spr. o sygn. KIO 2276/14 nakazując uzupełnienie pełnomocnictwa. Wątpliwości zaistniałe na tle złożonego w ofercie pełnomocnictwa z 23 września 2003 r. były o tyle uzasadnione, że pochodziło ono z relatywnie dawnego okresu [wrzesień 2003 r.] i obejmowało zakres umocowania ogólnie określony. Nie dziwi więc, że wywołało wątpliwości, zarówno ze strony Odwołującego, który kwestionował je w odwołaniu, co następnie zostało podzielone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 14 listopada 2014 r.

Pełnomocnictwo to ma następującą treść:

„Zarząd Banku Spółdzielczego w Brodnicy udziela niniejszym Panu/Pani [...] Dyrektorowi Oddziału Banku w Brodnicy pełnomocnictwa do dokonywania wszelkich czynności prawnych, w imieniu Banku w zakresie działania Oddziału Banku, łącznie z członkiem Zarządu, innym pełnomocnikiem posiadającym pełnomocnictwo ogólne lub pełnomocnictwo rodzajowe do takich samych czynności, a także do podpisywania wszelkich dokumentów związanych z tymi

czynnościami. Ponadto pełnomocnictwo upoważnia do dokonywania czynności prawnych w imieniu Banku związanych z kierowaniem bieżącą działalnością Banku w Brodnicy jako wyodrębnionej organizacyjnie jednostki przedsiębiorstwa spółdzielni”.

Wykonawca, Bank Spółdzielczy w Brodnicy, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wystosowane w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dał jednoznaczny wyraz, że jego wolą i zakresem upoważnienia wynikającym z pełnomocnictwa z 2003 było umocowanie osoby podpisującej wspólnie z członkiem zarządu Banku ofertę do tej czynności. Wykonawca – na wezwanie Zamawiającego złożył pełnomocnictwo, z którego wynika następująca wola mocodawcy:

„Zarząd Banku Spółdzielczego w Brodnicy [zwany dalej „Bank”] w składzie: [...] uzupełnia pełnomocnictwo udzielone w dniu 23 września 2003 r. przez Zarząd Banku Spółdzielczy w Brodnicy Panu [...], pełniącemu funkcję Dyrektora Oddziału Banku w Brodnicy w ten sposób, że udziela pełnomocnictwa do reprezentowania Banku, na podstawie art. 54 § 1 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo Spółdzielcze, wraz z innym członkiem Zarządu w czynnościach prawnych związanych z kierowaniem bieżącą działalnością gospodarczą Banku, obejmujących między innymi składanie ofert i oświadczeń woli w imieniu Banku Spółdzielczego w Brodnicy, a także podpisywanie i potwierdzanie za zgodność z oryginałem związanych z tym dokumentów i ich kopii. Pełnomocnictwo upoważnia do składania ofert w imieniu Banku Spółdzielczego w Brodnicy także w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zespół Opieki Zdrowotnej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Brodnicy w ramach zamówienia publicznego pt. „Udzielenie kredytu inwestycyjnego na potrzeby finansowania działalności inwestycyjnej Zespołu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy”. Upoważnienie obejmuje też potwierdzanie za zgodność z oryginałem kopii dokumentów załączonych do ofert oraz składanie oświadczeń woli w imieniu Banku, jakie będą wymagane w związku ze złożoną ofertą. Niniejszy dokument jest wystawiany dla potwierdzenia uprawnień Pełnomocnika nadanych mu mocą pełnomocnictwa udzielonego przez Zarząd Banku w dniu 23 września 2003 r., i dla wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości, co do zakresu jego upoważnienia wynikającego z tego pełnomocnictwa.”

Istotne dla ustalenia intencji wykonawcy jest szczególnie ostatnie zdanie tego dokumentu, w którym wyraźnie podkreślono jaki zakres uprawnień mieścił się w zamieszczonym w ofercie pełnomocnictwie z 23 września 2003 r. Wynika z niego, że w zakresie złożonego w ofercie pełnomocnictwa mieści się uprawnienie do szeregu czynności, w tym do składania ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne. Zatem nie

jest tak, że wykonawca tym dokumentem potwierdził czynność dokonaną bez umocowania w dacie składania ofert, ale potwierdził zakres istniejącego w dacie składania ofert umocowania osoby, wynikającego z pełnomocnictwa datowanego na 23 września 2003 r., eliminując tym samym wątpliwości interpretacyjne, jakie ujawniły się na tle tego pełnomocnictwa. Tego rodzaju działanie nie jest wyłączone – jak wskazano wyżej – sam dokument pełnomocnictwa nie jest wyłączony spod reguł prawa cywilnego, w tym tych, które zmierzają do ustalenia zamiaru stron, a ponadto ustawodawca, biorąc sformalizowane reguły charakterystyczne dla postępowania o zamówienie publiczne wyraźnie przewidział instrument dla naprawienia wad w zakresie pełnomocnictwa, odnosząc do nich przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy obowiązek wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa.

Uzupełniony dokument potwierdza, że osoba, która wspólnie z członkiem zarządu banku podpisała ofertę była, zgodnie z wolą wykonawcy, umocowana do dokonania tej czynności w dacie składania ofert.

Potwierdzeniem woli są także okoliczności sprawy: fakt niekwestionowania złożenia oferty, okoliczność że sam oddział nie ma zdolności składania samodzielnie oferty i zawierania umów we własnym imieniu, obrona w toku postępowania [finalnie dwóch postępowań odwoławczych] zmierzająca do zachowania pozycji wykonawcy i wykazania, że ofertę złożono w sposób ważny i z zamiarem przyjęcia na siebie wynikającego z niej zobowiązania.

Odmienne wnioskowanie, wbrew woli zainteresowanego wykonawcy – Banku Spółdzielczego w Brodnicy pomimo wyrażenia przez ten podmiot na etapie składania oferty zamiaru złożenia oferty, czego wyrazem jest nie tylko fakt złożenia oferty, ale także reprezentowania tego wykonawcy przez członka zarządu Banku a następnie poprzez podtrzymanie tej intencji w ramach przystąpienia do każdego z dwóch postępowań odwoławczych, a wreszcie w formie złożonych na wezwanie Zamawiającego dokumentów: pełnomocnictwa z 15 grudnia 2014 r. oraz oświadczenia z tej samej daty, stanowiłoby nieuzasadnione celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wkraczanie w sferę dyspozytywności wykonawcy.

W tych okolicznościach należało uznać, że wykonawca Bank Spółdzielczy w Brodnicy wykazał, że jego intencją było posiadanie w dniu składania ofert umocowania przez osobę podpisującą jako pełnomocnik, wspólnie z członkiem Zarządu Banku do złożenia oferty.

Wykonawca złożył dodatkowo oświadczenia z 15 grudnia 2014 r., zgodnie z którym: *„Zarząd Banku Spółdzielczego w Brodnicy [zwany dalej „Bank”] w składzie: [...] potwierdza*

niniejszym, dokonaną przez Pana [...] reprezentującego Bank wraz z członkiem zarządu Panem [...] na podstawie art. 54 § 1 ustawy z dnia 16 września 1982 Prawo Spółdzielcze, czynność prawną, polegającą na podpisaniu oferty Banku złożonej w dniu 17.10.2014 r. w imieniu Banku Spółdzielczego w Brodnicy do Zamawiającego Zespołu Opieki Zdrowotnej Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy w ramach zamówienia publicznego pt. „Udzielenie kredytu inwestycyjnego na potrzeby finansowania działalności inwestycyjnej Zespołu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy – sprawa nr ZP/10/2014”.

W świetle treści pełnomocnictwa z 2003 r. wraz z uzupełnionym dokumentem pełnomocnictwa z 15 grudnia 2014 r., bez znaczenia, dla oceny, czy osoba podpisująca ofertę w imieniu banku posiadała stosowny zakres umocowania jest złożone dodatkowo oświadczenie o potwierdzeniu czynności - może ono jedynie potwierdzać intencje wykonawcy, gdyby te - mimo pełnomocnictwa z 15 grudnia 2014 r. dopełniającego złożone wraz z ofertą pełnomocnictwo z 23 września 2003 r. wciąż budziły wątpliwości.

Reasumując, w świetle ustalonych okoliczności sprawy, nie sposób Zamawiającemu przypisać postulowanego w odwołaniu naruszenia przepisów w zakresie wyboru oferty Banku Spółdzielczego w Brodnicy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *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].

Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania [wynagrodzenia pełnomocnika reprezentującego Zamawiającego na posiedzeniu i na rozprawie] „według norm przepisanych”. Ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*] nie przyjął, tak jak to byłoby na gruncie kpc [art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02], zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia [spisu kosztów], wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* [tekst jedn. DZ. U. z 2005r. Nr 8 Poz.

60 z późn. zm.] oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* [Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm]. Skoro takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego nie mogło zostać zasądzone.

Skład orzekający: