

Sygn. akt UZP/ZO/0-2972/06

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 22 grudnia 2006 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów

Andrzej Niwicki

arbitrzy:

Paweł Tomasz Fiedczak

Sebastian Remigiusz Kowalski - Paszko

protokolant

Urszula Pietrzak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22.12.2006 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum: Techmex S.A., ISPIK S.A., Bruel&Kjaer Polska Sp. z o.o., Stapelfeldt Ingenieurgesellschaft GmbH, TUV SUD Industrie Service GmbH, Bielsko - Biała, Ul. Partyzantów 71

od oddalenia przez zamawiającego Urząd Miasta Stołecznego Warszawy, Warszawa, Ul. Canaletta 2 protestu z dnia 27.11.2006 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego Xxx po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Techmex S.A., ISPIK S.A., Bruel&Kjaer Polska Sp. z o.o., Stapelfeldt Ingenieuresellschaft Gmbh, TUV SUD Industrie Service Gmbh, Bielsko - Biała, Ul. Partyzantów 71

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3650 zł 9 gr (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych, dziewięć groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Konsorcjum: Techmex S.A., ISPIK S.A., Bruel&Kjaer Polska Sp. z o.o., Stapelfeldt Ingenieuresellschaft Gmbh, TUV SUD Industrie Service Gmbh, Bielsko - Biała, Ul. Partyzantów 71
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:)
przez na rzecz,
stanowiącej uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego poniesione z tytułu
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:)
przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP
- 4) dokonać zwrotu kwoty 16349 zł 91 gr (słownie: szesnaście tysięcy trzysta czterdzieści dziewięć złotych, dziewięćdziesiąt jeden groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum: Techmex S.A., ISPIK S.A., Bruel&Kjaer Polska Sp. z o.o., Stapelfeldt Ingenieuresellschaft Gmbh, TUV SUD Industrie Service Gmbh, Bielsko - Biała, Ul. Partyzantów 71 .

3. Uzasadnienie

Odwołujący się jako konsorcjum uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie mapy akustycznej dla Zamawiającego, prowadzonego w

trybie negocjacji z ogłoszeniem zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz §§ 171 ust. , 182 i 184 BGB (Buergerliches Gesetzbuch-Niemiecki kodeks cywilny) i § 125 ust. 2 HGB (Handelsgesetzbuch – Niemiecki kodeks handlowy) w zw. z art. 9 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. prawo prywatne międzynarodowe poprzez bezpodstawne wykluczenie Go z postępowania. Wskazał, że wykluczenie z udziału w postępowaniu było konsekwencją zaniechania wezwania Go do wyjaśnienia wniosku, do którego załączono pełnomocnictwo udzielone przez wykonawcę – przedsiębiorstwo TU SUD Industrie Service GMBH. Podniósł, iż jak wynika z pisma Zamawiającego podstawą wykluczenia był fakt, że pełnomocnictwo zostało podpisane przez jednego członka zarządu, a nie dwóch – jak to wynika ze sposobu reprezentacji przedstawionego w odpisie z Handelsregister tj. właściwego rejestru przedsiębiorstw. Kwestionując stanowisko Zamawiającego Odwołujący wywodzi, że pełnomocnictwo jest dokumentem podlegającym wyjaśnieniu w trybie przewidzianym w art. 26 Pzp. Wskazał, że pełnomocnictwo jest niewątpliwie jednym z dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy. Tym bardziej, że Zamawiający w treści ogłoszenia o postępowaniu żądał przedłożenia tego dokumentu. Powołując art. 25 ust 1 i art. 26 ust. 4 podniósł, że pełnomocnictwo jest dokumentem podlegającym wyjaśnieniu w trybie tego ostatniego przepisu. Tym samym zarzucił Zamawiającemu zaniechanie obowiązku wezwania Odwołującego się do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, które to wezwanie było tym bardziej uzasadnione wobec różnic między prawem polskim a niemieckim. Oceniając charakter prawny wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach podniósł, że nie jest to jednostronna czynność prawna w rozumieniu art. 56 kodeksu cywilnego ze skutkami nieważności określonymi w art. 104 kc. Wniosek, zdaniem Odwołującego się, nie jest oświadczeniem woli lecz oświadczeniem dotyczącym wiedzy i faktów. Podniósł nadto, że w odniesieniu do spółki posiadającej siedzibę na terenie Niemiec nie mają zastosowania przepisy prawa polskiego, lecz stosownie do art. 9 prawa prywatnego międzynarodowego, przepisy prawa niemieckiego, które dopuszczają potwierdzenie

czynności prawnej dokonanej z przekroczeniem lub bez umocowania, bez sankcji nieważności. Oznacza to, że Zamawiający nie mógł w sposób arbitralny uznać, iż brak podpisu jednego z członków zarządu firmy powoduje automatycznie nieważność udzielonego pełnomocnictwa, a w konsekwencji sytuację podpisania wniosku przez osobę nieupoważnioną.

Przedstawiając powyższe argumenty wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania i dokonanie powtórnego badania oraz oceny złożonego w postępowaniu wniosku i podjęcie czynności wezwania go do wyjaśnienia wniosku.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania stwierdził, że nie naruszył podniesionych przez Odwołującego przepisów prawa. Podtrzymał swoje stanowisko dotyczące powodów wykluczenia konsorcjum z postępowania uznając, że wniosek został sporządzony przez osobę nie posiadającą prawidłowego umocowania, ponieważ na pełnomocnictwie udzielonym przez członków Konsorcjum /w tym spółkę TU SUD Industrie Service GMBH/ spółce TECHMES S.A., widnieje jedynie podpis jednego z członków organu zarządzającego spółki. Natomiast zgodnie z odpisem rejestru handlowego, załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, spółka posiada zasadę reprezentacji łącznej dwóch członków zarządu bądź członka zarządu i prokurenta w sytuacji, gdy organ zarządzający jest wieloosobowy. W związku z powyższym wniosek nie podlegał ocenie w trybie art. 57 ust. 1 ustawy, a wykonawca na podstawie art. 57 ust. 3 uznał Odwołującego się jako Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał na zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 9 ust. 1 ustawy) oraz niedopuszczalność zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 w przypadku wad pełnomocnictw. Podniósł, iż art. 26 ust. 3 dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub złożył dokumenty zawierające błędy. Powołany przepis, zdaniem Zamawiającego nie stanowi o ogólnej możliwości uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do

*udziału w postępowaniu lecz wskazuje na możliwość uzupełnienia takiego wniosku w zakresie dokumentów, o których mowa w art. 25 ustawy w zw. z art. 22, z uwzględnieniem rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../ zawierającego szczegółowy katalog dokumentów, jakich można żądać od wykonawców. Katalog ten nie obejmuje pełnomocnictwa udzielonego do złożenia samego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Pełnomocnictwo powinno być udzielone i załączone do wniosku zgodnie ze wskazaniem zawartym w pkt 9. ogłoszenia o postępowaniu. Zamawiający podniósł, że Odwołujący się sam przyznał, iż do skuteczności oświadczenia woli złożonego przez jednego tylko z członków zarządu spółki, w przedmiocie udzielenia pełnomocnictwa, potrzebne jest potwierdzenie tej czynności przez „uprawnionego do reprezentacji łącznej” drugiego członka zarządu, o czym świadczy załączone do protestu oświadczenie w tym przedmiocie. Zamawiający wskazał ponadto, że brak możliwości dopuszczenia uzupełnienia pełnomocnictwa poprzez potwierdzenie dokonanej wcześniej czynności *falsus procurator* przez mocodawcę, datowane na 23 listopada br, jest zgodne z zasadą uczciwej konkurencji /art. 7 ustawy/. Zgodnie z tą zasadą oświadczenia i dokumenty na okoliczność spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jakie są przekazywane na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia, nie mogą datować się na dzień późniejszy niż data składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, którą w przedmiotowym postępowaniu jest 30 października 2006 r.*

Zespół Arbitrów, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, w szczególności zapoznaniu się z przedstawioną dokumentacją postępowania, rozpatrzeniu stanowisk stron przedstawionych na piśmie oraz na rozprawie zważył, co następuje:

Zdaniem Zespołu Arbitrów nie budzi wątpliwości fakt, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi oświadczenie woli wymagające złożenie go przez osobę

umocowaną najpóźniej w dacie złożenia wniosku. Brak upoważnienia oznacza, że oświadczenie nie zostało złożone. Należy stwierdzić, że właściwa reprezentacja podmiotu nie jest rodzajem warunku podmiotowego ocenianego na podstawie art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w razie braków lub wątpliwości możliwa do naprawienia w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Wniosek, który nie został podpisany zgodnie z zasadą reprezentacji przyjętą przez osobę prawną musi być uznany za obarczony błędem, którego nie można poprawić na podstawie powołanego wyżej przepisu. Błąd ten polega na uchybieniu art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe ustanowienie pełnomocnika. Późniejsze potwierdzenie pełnomocnictwa do czynności związanych z udziałem w postępowaniu nie może być uznane za skuteczne wobec terminu na złożenie wniosku, określonego w ogłoszeniu o zamówieniu, stanowiąc nadto uchybienie zasadzie pisemności określonej w art. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego, Zespół Arbitrów stoi na stanowisku, że złożone potwierdzenie pełnomocnictwa jest kolejną odrębną czynnością prawną (w tym przypadku uzupełnieniem) i nie może być uznane za złożenie wyjaśnienia w rozumieniu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc powyższe pod uwagę należało orzec jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:

.....

arbitrzy:

.....

.....

* Niepotrzebne skreślić.