

Sygn. akt: KIO/UZP 1191/08

KIO/UZP 1200/08

WYROK

z dnia 18 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

**Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/~~dniach~~ **13.11.2008** r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **29.10.2008** r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum: Halcrow Group Ltd, Egis Poland Sp. z o.o., Egis Rail S.A., Scott Wilson Ltd., W6-7B Londyn, Vineyard House 44 Brook Green (sygn. akt. KIO/UZP 1191/08).

B. Konsorcjum: ARCADIS Sp. z o.o., ARCADIS Nederland B.V., MOVARES Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Projektowania Realizacji i Wdrożeń „BPK Katowice” Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182 (sygn. akt KIO/UZP 1200/08).

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 73** protestów:

A. Konsorcjum: Halcrow Group Ltd, Egis Poland Sp. z o.o., Egis Rail S.A., Scott Wilson Ltd., W6-7B Londyn, Vineyard House 44 Brook Green z dnia 01.10.2008 r.

B. Konsorcjum: ARCADIS Sp. z o.o., ARCADIS Nederland B.V., MOVARES Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Projektowania Realizacji i Wdrożeń „BPK Katowice” Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182 z dnia 30.09.2008 r.

przy udziale wykonawcy **SENER Sp. z o.o., 00-517 Warszawa, ul. Marszałkowska 76** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 1191/08 i KIO/UZP 1200/08 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia obydwie odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem ofert Odwołujących.

2. Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 73

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Halcrow Group Ltd, Egis Poland Sp. z o.o., Egis Rail S.A., Scott Wilson Ltd., W6-7B Londyn, Vineyard House 44 Brook Green ,**
 - B** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ARCADIS Sp. z o.o., ARCADIS Nederland B.V., MOVARES Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Projektowania Realizacji i Wdrożeń „BPK Katowice” Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 11 264 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:

- A** kwoty 5632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 73** na rzecz **Konsorcjum: Halcrow Group Ltd, Egis Poland Sp. z o.o., Egis Rail S.A., Scott Wilson Ltd., W6-7B Londyn, Vineyard House 44 Brook Green** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- B** kwoty 5632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 73** na rzecz **Konsorcjum: ARCADIS Sp. z o.o., ARCADIS Nederland B.V., MOVARES Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Projektowania Realizacji i Wdrożeń „BPK Katowice” Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Halcrow Group Ltd, Egis Poland Sp. z o.o., Egis Rail S.A., Scott Wilson Ltd., W6-7B Londyn, Vineyard House 44 Brook Green**
- B** kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: ARCADIS Sp. z o.o., ARCADIS Nederland B.V., MOVARES Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Projektowania Realizacji i Wdrożeń „BPK Katowice” Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 29.05.2008r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 138373-2008-PL.

Zamawiającym jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul.Targowa 74, 03 -744 Warszawa zwany dalej "Zamawiającym".

Zamówienie publiczne udzielane w trybie przetargu nieograniczonego na "Studium wykonalności - dokumentacji przedprojektowej dla "Modernizacji Linii Kolejowej E65 - Południe" odcinek Grodzisk Mazowiecki-Kraków/Katowice-Zwardoń/Zebrzydowice-granica państwa" (zadanie realizowane w ramach projektu:FS20061PLI161CIPAI002 oraz projektu "Modernizacja linii E-65 na odcinku Katowice-Czechowice Dziedzice Zebrzydowice" Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko)

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty nastąpiło w dniu 24 września 2008r.

Jako najkorzystniejsza oferta została wybrana oferta konsorcjum : pełnomocnik SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76, 00 – 517 Warszawa zwane dalej „SENER”, którego uczestnikami są SENER INGENIERIA Y SISTEMAS, S.A. Vizcaya, Hiszpania.

Na 7 złożonych ofert 5 ofert odrzucono, między innymi oferty :

Konsorcjum firm w składzie :

Pełnomocnik konsorcjum :

Halcrow Group Limited Vineyard Hose 44 Brook Green
Londyn W 6 7BY Wielka Brytania

Uczestnicy konsorcjum :

Scott Wilson Ltd Hampshire, Wielka Brytania

EGIS Poland Sp. z o.o. Warszawa Polska

EGIS RAIL S.A.Villeurbanne Cedex, Francja

zwany dalej konsorcjum HALCROW

Konsorcjum firm w składzie :

Pełnomocnik konsorcjum :

ARCADIS Profil Sp. z o.o. ul. Puławska 182 , 02- 670 Warszawa, aktualna nazwa ARCADIS Sp. z o.o.

Uczestnicy konsorcjum:

ARCADIS NEDERLAND B.V. Amersfoort , Holandia,

MOVARES Polska Sp. z o.o. Warszawa , Polska

Przedsiębiorstwo Projektowania Realizacji i Wdrożeń „BPK Katowice ” Sp. z o.o. , Katowice Polska

zwany dalej konsorcjum ARCADIS.

Pierwsze odwołanie

W dniu 01.10.2008r. protest złożył Halcrow, w którym rozstrzygnięciu Zamawiającego w zakresie przedmiotowego przetargu, zarzucono naruszenie:

1) art.89 ust.1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2007 r Nr 223 , poz,. 16 55) zwane dalej “PZP” w związku z art. 103 i następne Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 PZP oraz art. 23 ust. 2 PZP, poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum, która nie jest nieważna w świetle przepisów Kodeksu cywilnego, jak też:

a) art. 14 PZP w związku z art. 6 k.c., poprzez nieudowodnienie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy pełnomocnictwo udzielone przez Scott Wilson Ltd podlega prawu angielskiemu, a co za tym idzie, nie mają wobec niego zastosowania przepisy art. 104 i art. 106 k.c.,

b) art.92 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez niewskazanie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego właściwych przepisów odrębnych prawa angielskiego uzasadniających nieważność oferty Odwołującego,

c) art. 14 PZP w związku z art, 65 § 1 k.c., poprzez zaniechanie wykładni pełnomocnictwa złożonego przez Odwołującego na str. 102 oferty Odwołującego z uwzględnieniem intencji mocodawców, zasad współzycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów;

2) art.26 ust.3 i ust. 4 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 PZP oraz art. 87 ust. 1 zdanie 1 PZP, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień lub dokonania uzupełnienia dokumentów złożonych w postępowaniu,

3) art.91 ust.1 i ust. 2PZP w związku z art. 7 ust. 3 PZP, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, a także zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

4) art. 7 ust. 1 PZP poprzez utrudnianie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców w następstwie całkowicie dowolnej wykładni pełnomocnictwa złożonego przez Odwołującego, prowadzącej do ustalenia przez Zamawiającego braku umocowania Odwołującego i tym samym do odrzucenia jego oferty będącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 PZP; naruszenie to stanowi jednocześnie nadużycie prawa przez Zamawiającego, opisanego w przepisie art. 5 k.c. w związku z art. 14 PZP, poprzez rozstrzygnięcie przez Zamawiającego drobnych wątpliwości interpretacyjnych dotyczących pełnomocnictwa na niekorzyść Odwołującego, a tym samym na niekorzyść interesu publicznego, na straży którego winien stać Zamawiający, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej,

5) art. 24 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez niewykluczenie Wykonawców:

konsorcjum firm: Sener Sp. z o.o., Sener Ingenieria Y Sistemas S.A., CBPBBK .Kolprojekt" Sp. z o.o., CNTK (zwane dalej: "konsorcjum Sener"), oraz konsorcjum firm: Poyry Ima GmbH Poyry Ima Sp. z o.o. (zwane dalej: "konsorcjum Poyry"), wobec niespełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu.

W związku z naruszeniem przez Zamawiającego powyżej wymienionych przepisów PZP, Halcrow zażądał :

1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców : SENER

2) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3) nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a ewentualnie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień,

4) nakazanie ponowienia wyboru najkorzystniejszej oferty,

5) nakazanie wykluczenia z postępowania Wykonawców: Konsorcjum SENER i konsorcjum POYRY.

wskutek czego oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 01.10.2008r. wniesiono protest, a następnie w wyniku rozstrzygnięcia protestu, w całości oddalonego, w dniu 15.10.2008r. wniesiono odwołanie, w którym podtrzymano zarzuty oraz żądania i przedstawiono w uzasadnieniu między innymi następującą argumentację formalno – prawną, zbieżną z treścią protestu.

I.

UZASADNIENIE DLA ZARZUTU NARUSZENIA ART. 89 UST. 1 PKT 8 PZP W ZWIĄZKU Z ART. 103 I NASTĘPNE KODEKSU CYWILNEGO W ZWIĄZKU Z ART. 14 PZP ORAZ ART. 23 UST. 2 PZP

Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP w związku z art. 103 in. Kodeksu cywilnego poprzez nieuzasadnione, a przez to bezprawne, odrzucenie oferty Odwołującego jako rzekomo nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Stanowisko, wyrażone przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a także podtrzymane w rozstrzygnięciu protestu złożonego przez Konsorcjum -stoi w rażącej sprzeczności z okolicznościami stanu faktycznego sprawy oraz przepisami Kodeksu cywilnego i PZP znajdującymi zastosowanie do jego oceny.

II.I. Zakres umocowania pana Tomasza K. wynikający z treści pełnomocnictwa udzielonego przez spółkę Scott Wilson Ltd w dniu 17 grudnia 2007 roku

Zgodnie z treścią pełnomocnictwa, które spółka Scott Wilson Ltd w dniu 17 grudnia 2007 r. udzieliła panu Tomaszowi K. -jest on między innymi upoważniony do podpisywania i przedkładania dokumentów przetargowych Scott Wilson Ltd przy ubieganiu się o kontrakty na świadczenie usług profesjonalnych.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że pełnomocnictwo udzielone Panu Tomaszowi K. przez Scott Wilson Ltd podlega prawu angielskiemu, a nie prawu polskiemu, co wynika wyraźnie z jego treści. W dokumencie pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2007 r. wskazane jest przecież w sposób jednoznaczny, że prawem właściwym dla tej czynności jest prawo angielskie. Dlatego też zastosowanie przez Zamawiającego przepisów polskiego Kodeksu cywilnego do określenia zakresu umocowania pełnomocnika, a zwłaszcza jego uprawnienia do udzielenia w imieniu mocodawcy dalszego pełnomocnictwa, pozbawione jest jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych.

Niewątpliwie do przedmiotowego pełnomocnictwa zgodnie z wolą mocodawcy tj. Scott Wilson Ltd zastosowanie mogą mieć wyłącznie przepisy prawa angielskiego. Zignorowanie przez Zamawiającego wyboru właściwego prawa dokonanego przez Scott Wilson Ltd, zawartego wyraźnie w treści pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2007 roku -świadczy o kompletnym braku zrozumienia przez Zamawiającego istoty norm kolizyjnych polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i jest zarazem niedopuszczalnym zlekceważeniem przez Zamawiającego normy kolizyjnej wynikającej z powołanego art, 25 § 1 Prawa prywatnego międzynarodowego.

Przecież art. 14 PZP, w którym znalazło się odwołanie do Kodeksu cywilnego, dotyczy -jak wynika wyraźnie z jego brzmienia i celu -stosunków prawnych pomiędzy wykonawcami a zamawiającym powstałych w toku przetargu. Przepis ten nie ingeruje zaś w najmniejszym stopniu w sferę stosunków prawnych wiążących między sobą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym bardziej -nie dotyczy stosunków prawnych pomiędzy wykonawcą a osobami trzecimi (spółką Scott Wilson Ltd a panem Tomaszem Krawczykiem). W tym zakresie całkowicie nie trafna jest również argumentacja konsorcjum Sener, które przystąpiło do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego.

Obowiązek zastosowania przepisów ustawy Prawo międzynarodowe prywatne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika z art. 1 tej ustawy, który określa zakres przedmiotowy jej zastosowania. Powyżej wskazany przepis ustawy Prawo

międzynarodowe prywatne stanowi, że ustawa ta określa prawo właściwe dla międzynarodowych stosunków osobistych i majątkowych w zakresie prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy. Ponieważ ustawa ta jest powszechnie obowiązującym źródłem prawa, obowiązek zastosowania jej przepisów dotyczy wszystkich stanów faktycznych, bez względu na to, czy zaistnieją one na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też w ramach innego rodzaju stosunków lub postępowań.

Nie sposób również zgodzić się z argumentem Zamawiającego, iż niedopuszczalność zastosowania w niniejszej sprawie przepisów prawa angielskiego wynika z treści przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi wprawdzie, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, pozostałe zaś przepisy ustawy nie odwołują się wprost do przepisów prawa cywilnego i innych niż te zamieszczone w Kodeksie cywilnym, jednakże nie oznacza to swoistego "przyzwolenia" ustawodawcy na nie stosowanie w toku postępowania powszechnie obowiązujących przepisów prawa należących do innych gałęzi prawa. W literaturze przedmiotu słusznie zasadę udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do konieczności zastosowania przez Zamawiającego dozwolonego dla danej wartości zamówienia trybu i po dokonaniu niezbędnych, przewidzianych prawem czynności. Zasada ta ma też znaczenie dla już zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego, gdyż wyraźnie zakazuje dokonywania przejęcia długu po stronie wykonawcy, czyli wstąpienie innego wykonawcy w miejsce (obowiązki) wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, nawet za zgodą zamawiającego (vide M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007r., s. 7). Wskazaną zasadę należy więc rozumieć jako zakaz obchodzenia przepisów ustawy, a co za tym idzie za zakazane uznać należy wyłącznie stosowanie tych przepisów innych dziedzin prawa, które uniemożliwiłyby realizację podstawowych celów ustawy (przykład dotyczący zakazu stosowania przepisów o cesji do umów zawieranych w toku postępowania). Taki sposób interpretacji wskazanego przepisu jest zgodny nie tylko z zasadami wykładni prawa, ale i najlepiej oddaje ratio legis wskazanej regulacji. Jak wskazano bowiem powyżej, ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi część obowiązującego w Polsce systemu prawa i nie może być interpretowana w oderwaniu od przepisów innych gałęzi, bądź też działów prawa, zwłaszcza, gdy te ostatnie regulują pewne dziedziny życia społecznego na zasadzie wyłączności. Na tej zasadzie, niedopuszczalne jest wyłączenie stosowania w toku postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego przepisów regulujących kwestie nie uregulowane w Prawie zamówień publicznych, chyba że ich zastosowanie w sposób oczywisty stałoby w sprzeczności z

konkretnymi przepisami ustawy. W praktyce kwestia ta nie budzi większych wątpliwości i niektóre powszechnie obowiązujące przepisy prawa wykorzystywane są przez zamawiających niejako automatycznie, dla przykładu należy wskazać stosowanie do gwarancji należytego wykonania umowy przepisów Prawa Bankowego, przepisów regulujących zasady przyznawania uprawnień budowlanych, czy przytoczony już powyżej przykład stosowania przepisów Kodeksu spółek handlowych. Zasada jedności systemu prawa wymaga bowiem, aby stosowanie przepisów różnych dziedzin prawa było maksymalnie zharmonizowane.

Ponadto zaskakującym jest też prezentowane przez konsorcjum Sener stanowisko odnośnie do stosowania przez Zamawiającego prawa obcego w przypadkach dokumentów wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane – konsorcjum Sener twierdzi, że "obecnie zaś stosowanie prawa polskiego na rzecz prawa innych państw wyłącza się jedynie w przypadkach, o których mowa w rozporządzeniu (...)". Autor powyższej argumentacji najwyraźniej nie rozróżnia stosowania prawa obcego do regulacji stosunków na linii zamawiający -wykonawcy od konieczności użycia (na podstawie polskiego prawa i z jego zastosowaniem) w postępowaniu przez wykonawcę dokumentu, który został sporządzony lub podlega ocenie zgodnie z prawem innego kraju.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający -uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Konsorcjum -winien wskazać jej ewentualną nieważność na podstawie przepisów prawa angielskiego, mających w tym zakresie zastosowanie.

Należy przy tym podkreślić, że w angielskim prawie cywilnym w zakresie problematyki pełnomocnictw istotną rolę odgrywa zasada domniemania umocowania pełnomocnika, polegająca na tym, że jeśli jakaś czynność nie została wyraźnie wyłączona w treści dokumentu pełnomocnictwa, to -dla ochrony dobrej wiary osoby, wobec której pełnomocnik podejmuje czynności -domniemywa się, że jest dozwolone podejmowanie takiej czynności przez pełnomocnika. Oznacza to w szczególności, że umocowanie do działania w danym zakresie jest równoznaczne z umocowaniem pełnomocnika do udzielenia dalszego pełnomocnictwa ze skutkiem dla mocodawcy.

Dowodem jest opinia prawnika brytyjskiego z dnia 30 września 2008 r. załączona do protestu.

Dodatkowo można wskazać, że pełnomocnictwo w prawie angloamerykańskim (w tym -w prawie angielskim) jest instytucją o wiele szerszą niż pełnomocnictwo w prawie polskim,

ponieważ opiera się na dwustronnym stosunku prawnym pomiędzy mocodawcą a pełnomocnikiem, a nie na jednostronnej czynności prawnej mocodawcy'. Podkreślenia wymaga też, że w systemie anglosaskim obowiązuje zasada, że czynność prawna dokonana przez pełnomocnika (w omawianym przypadku byłoby to udzielenie pełnomocnictwa konsorcjalnego przez pana Tomasza Krawczyka) zawsze rodzi skutki pomiędzy mocodawcą a osobami trzecimi".

Podsumowując, niedopuszczalne było zatem zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 106 k.c, dla dokonania oceny zakresu umocowania pana Tomasza K. oraz oceny dopuszczalności udzielenia przez niego w imieniu Scott Wilson Ltd dalszego pełnomocnictwa, tj. pełnomocnictwa konsorcjalnego udzielonego spółce Halcrow Group Ltd (Liderowi Konsorcjum). Oceny dopuszczalności udzielania dalszych pełnomocnictw przez p. Tomasza K. w związku z treścią udzielonego mu pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2007 r. mogła być i może być nadal oceniana wyłącznie na postawie prawa angielskiego.

Nawet jednak gdyby czysto hipotetycznie założyć, że do pełnomocnictwa udzielonego panu Tomaszowi K. przez spółkę Scott Wilson Ltd w dniu 17 grudnia 2007 r. zastosowanie mają przepisy polskiego Kodeksu cywilnego -wówczas stwierdzić należy, iż Zamawiający błędnie zinterpretował treść przedmiotowego pełnomocnictwa, jego wykładnia bowiem nie może abstrahować od treści oferty Konsorcjum, a także przepisu art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 14 PZP (vide wyrok zespołu arbitrów z dnia 5 czerwca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-634/07, w którym stwierdza się, iż wszelkie wątpliwości dotyczące pełnomocnictw muszą być interpretowane zgodnie z normami prawa cywilnego, a zwłaszcza zastosowanie mają tu przepisy art. 65 Kodeksu cywilnego dotyczące oświadczeń woli). Gdyby więc nawet całkowicie pominąć okoliczność, że do pełnomocnictwa pana Tomasza K. z dnia 17 grudnia 2007 r. zastosowanie mieć może wyłącznie prawo angielskie, i jednocześnie przyjąć na potrzeby niniejszych rozważań za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, że do oceny przedmiotowego pełnomocnictwa mają zastosowanie przepisy polskiego Kodeksu cywilnego -wówczas Zamawiający miałby i tak obowiązek zastosować do jego oceny i wykładni również art. 65 k.c. ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Dodatkowo wymaga w tym miejscu wyraźnego podkreślenia okoliczność, iż pełnomocnik ustanowiony przez spółkę Scott Wilson Ltd - Pan Tomasz K. - jest jednocześnie prokurentem spółki Scott Wilson Ltd prowadzącej w Polsce działalność w formie zarejestrowanego oddziału zagranicznego przedsiębiorcy.

Dowodem jest odpis z KRS spółki Scott Wilson Ltd sp. z o.o. Oddział w Polsce z dnia 11 kwietnia 2008 r. załączony do protestu.

Jako prokurent, p. Tomasz K. uprawniony jest do samodzielnej reprezentacji Scott Wilson Ltd. Oddział przedsiębiorcy zagranicznego tworzony jest w celu wykonywania na terytorium Polski działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę zagranicznego. Do takiego zakresu odnosić należy umocowanie Tomasza K. jako prokurenta do dokonywania w imieniu spółki Scott Wilson Ltd czynności sądowych i pozasądowych (art. 109) Kodeksu cywilnego). Prokurent jest uprawniony w szczególności do ustanowienia na rzecz reprezentowanego przedsiębiorcy pełnomocnika do poszczególnej czynności lub pewnego rodzaju czynności, co wynika z art. 109 ze zn.6 Kodeksu cywilnego. Pan Tomasz K., jako prokurent, był zatem umocowany z mocy prawa do udzielenia dalszych pełnomocnictw w imieniu spółki Scott Wilson Ltd prowadzącej działalność gospodarczą na terenie Polski w formie oddziału zagranicznego przedsiębiorcy. W tym przypadku mamy więc do czynienia nawet nie z pełnomocnictwem, ale z przedstawicielstwem ustawowym.

Innymi słowy, nie można przedmiotowego pełnomocnictwa pana Tomasza K. interpretować zawężająco w zakresie ubiegania się przez Scott Wilson Ltd o zamówienia publiczne w Polsce -stałoby to bowiem w sprzeczności z okolicznością, iż Tomasz K. jest zarazem prokurentem samoistnym Scott Wilson Ltd jako przedsiębiorcy zagranicznego działającego na terenie Polski w formie oddziału zagranicznego przedsiębiorcy, zgodnie z art. 85 i nast. ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Oznacza to, że zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej Pan Tomasz K. jest umocowany do działania bez ograniczeń w zakresie procedur przetargowych (w tym do udzielania dalszych pełnomocnictw) w imieniu Scott Wilson Ltd w zakresie prowadzonej przez tę spółkę działalności gospodarczej na terenie Polski (oddział nie posiada statusu odrębnego od przedsiębiorcy, granice w tym przypadku wyznacza tylko obszar działania oddziału -Polska). Okoliczność ta została potwierdzona w treści (zakresie) przedmiotowego pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2007 r., z którego wynika bez wątpienia, iż sprawy z zakresu zamówień publicznych mieszczą się w zakresie czynności zwykłego zarządu Scott Wilson Ltd, a co za tym idzie, obejmują umocowanie dla pełnomocnika (będącego jednocześnie prokurentem oddziału zagranicznego przedsiębiorcy w Polsce) do udzielania dalszych pełnomocnictw, w szczególności w zakresie działalności gospodarczej prowadzonej w Polsce. Fakt działania przez Pana Tomasza K także jako prokurenta Scott Wilson Ltd ujawniony został na samym pełnomocnictwie dla Lidera Konsorcjum, gdzie podpis Pana K. opatrzone jego imienną pieczęcią z podaniem pełnionej przez niego funkcji "Prokurent".

Reasumując, pan Tomasz K. jest równocześnie prokurentem polskiego oddziału spółki Scott Wilson Ltd, przy czym należy podkreślić, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie posiada odrębnej osobowości prawnej i działania podejmowane w imieniu oddziału są w świetle prawa zawsze działaniami podejmowanymi wyłącznie w imieniu i na rzecz spółki Scott Wilson Ltd. Nadto zakres umocowania pana Tomasza K. jako prokurenta spółki (oddziału w Polsce) do działania w imieniu i na rzecz spółki Scott Wilson Ltd jest szerszy niż jego umocowanie wynikające z pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2007 r. i obejmuje niewątpliwie możliwość zawierania umów konsorcjum i udzielania pełnomocnictw liderowi i pełnomocnikom konsorcjum w zakresie dotyczącym zamówień publicznych.

II

Ważność pełnomocnictwa konsorcjalnego udzielonego spółce Halcrow Group Ltd przez pozostałych wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum.

W przeciwieństwie do pełnomocnictwa pana Tomasza K., pełnomocnictwo konsorcjalne, tj. udzielone w Polsce pełnomocnictwo dla spółki Halcrow Group Ltd do złożenia w imieniu pozostałych konsorcjantów wspólnej oferty w przedmiotowym postępowaniu - należy niewątpliwie - zgodnie z odesłaniem w art. 14 PZP - oceniać na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego" i w konsekwencji wykazanego powyżej braku przekroczenia umocowania przez pana Tomasza K., udzielającego spółce Halcrow Group Ltd pełnomocnictwa w imieniu spółki Scott Wilson Ltd -niewątpliwie nieuzasadnionym jest twierdzenie Zamawiającego, iż spółka Halcrow Group Ltd nie była umocowana do złożenia w imieniu i na rzecz spółki Scott Wilson Ltd oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Należy podkreślić, że Zamawiający, ignorując brzmienie art. 23 ust. 2 PZP, całkowicie bezzasadnie przyjął, że pełnomocnictwo konsorcjalne w zakresie dotyczącym pełnomocnictwa dla spółki Halcrow Group Ltd od spółki Scott Wilson Ltd nie zostało udzielone. Tymczasem zgodnie z art. 23 ust. 2 PZP wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia mają obowiązek ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu, co w przypadku Konsorcjum niewątpliwie zostało ważne i skutecznie dokonane wspólnie przez wszystkich konsorcjantów, w tym również -przez spółkę Scott Wilson Ltd (należycie reprezentowaną przez pana Tomasza K.).

Dowodem jest pełnomocnictwo konsorcjalne dla spółki Halcrow Group Ltd z dnia 4 lipca 2008 r. załączone do oferty oraz kopia załączona do niniejszego odwołania.

Jak wykazano powyżej, pan Tomasz K., jako prawidłowo umocowany do samodzielnej reprezentacji Scott Wilson Ltd w postępowaniu przetargowym -udzielił dalszego pełnomocnictwa Liderowi Konsorcjum, w skład którego wchodzi mocodawca, tj. spółka Scott Wilson Ltd.

II.3. Ważność oferty złożonej przez Odwołującego

Należy stanowczo podkreślić, że z uwagi na prawidłowe udzielenie pełnomocnictwa konsorcjalnego przez wszystkich konsorcjantów, w tym -spółkę Scott Wilson Ltd -brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że oferta złożona przez Konsorcjum w postępowaniu jest nieważna. Lider Konsorcjum został należycie umocowany przez wszystkich konsorcjantów do działania w ich imieniu w przedmiotowym przetargu i nie ma w okolicznościach stanu sprawy żadnych uzasadnionych podstaw do twierdzenia, że Lider Konsorcjum nie był uprawniony do złożenia ważnej i skutecznej oferty w imieniu Odwołującego.

Podsumowując powyższe:

Należy podkreślić, że w przypadku oferty Konsorcjum Zamawiający całkowicie błędnie przyjął, iż do oceny możliwości udzielenia przez pana Tomasza K. dalszego pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu Scott Wilson Ltd zastosowanie znajduje polski Kodeks cywilny, a zwłaszcza -art. 106 k.c. Jak bowiem wskazano powyżej, treść stosunku pełnomocnictwa i możliwość udzielania przez Tomasza K. pełnomocnictw substytucyjnych w związku z zakresem umocowania wynikającego z pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2007 r., podlega ocenie wyłącznie na gruncie prawa angielskiego. W konsekwencji nieuzasadnionym jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby spółka Halcrow Group Ltd działała w postępowaniu bez umocowania ze strony spółki Scott Wilson Ltd.

Zamawiający powinien był zatem wezwać członków Konsorcjum do potwierdzenia czynności złożenia oferty, jeśli miał w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości, czego mógł być dokonać i powinien był dokonać przykładowo na podstawie art. 87 ust. 1 PZP w związku z art. 103 k.c., umożliwiającemu w toku badania i oceny ofert żądanie przez Zamawiającego od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jak bowiem wykazano powyżej, istnieje możliwość "konwalidacji"

ewentualnego braku lub wadliwego umocowania wykonawców składających ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - wymaga to jednakże inicjatywy Zamawiającego.

Nie informując Konsorcjum w toku postępowania o wątpliwościach związanych ze złożoną przez Konsorcjum ofertą oraz bezprawnie odrzucając ofertę Konsorcjum, jako rzekomo nieważną na podstawie odrębnych przepisów -Zamawiający rażąco naruszył art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP, czyniąc postawiony zarzut w pełni uzasadnionym.

Podkreślenia wymaga, że wbrew twierdzeniom i postawie prezentowanej przez Zamawiającego, zwłaszcza na tle uzasadnienia oddalenia protestu Konsorcjum, Zamawiający nie tylko powinien był, ale i miał obowiązek podjąć wszelkie działania dopuszczalne na gruncie ustawy PZP w celu "obrony" oferty Konsorcjum (wymagającej takiej "obrony" tylko w świetle błędnej oceny dokonanej przez Zamawiającego), jako oferty najlepszej i najtańszej w przedmiotowym postępowaniu. Celem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy posiadającego odpowiednie doświadczenie i zasoby oraz oferującego jak najlepszą cenę. A taką ofertą jest w przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie oferta Konsorcjum.

III

UZASADNIENIE DLA ZARZUTU NARUSZENIA ART. 26 UST. 3 I UST. 4 PZP
W ZWIĄZKU Z ART. 25 UST. 1 PZP ORAZ ART. 87 UST. 1 ZD. 1 PZP

Gdyby nawet hipotetycznie przyjąć za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, że pełnomocnictwo pana Tomasza K. wymagało wyjaśnień lub też pełnomocnictwo konsorcjalne było obarczone wadą lub wymagałoby uzupełnienia w rozumieniu PZP - Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do dokonania uzupełnienia dokumentów lub do złożenia wyjaśnień dotyczących treści wskazanych pełnomocnictw naruszył art. 26 ust. 3 i 4 PZP w związku z art. 25 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 zdanie 1 PZP

IV,

UZASADNIENIE DLA ZARZUTU NARUSZENIA ART. 91 UST. 1 I UST. 2 PZP W ZWIĄZKU Z ART. 7 UST. 3 PZP

Reasumując Zamawiający poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Konsorcjum z postępowania i zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum, jako niewątpliwie najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, a zarazem dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która tej przesłanki zdecydowanie nie spełnia naruszył rażąco przepis art. 91 ust. 1 i ust. 2 PZP, zgodnie z którym Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe zarzut Odwołującego należy uznać za w pełni uzasadniony.

V

UZASADNIENIE DLA ZARZUTU NARUSZENIA ART. 7 UST. 1 PZP

Wskazane w treści niniejszego protestu zaniechania i czynności Zamawiającego wskazują, że prowadząc postępowania w sprawie przedmiotowego zamówienia Zamawiający naruszył konstytuowaną przez art. 7 ust. 1 PZP zasadę uczciwej konkurencji i równości stron postępowania, bowiem uniemożliwił Konsorcjum uczciwe konkurowanie z pozostałymi wykonawcami w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby nie wskazane błędy Zamawiającego w postępowaniu, skutkujące nieuzasadnionym odrzuceniem oferty Konsorcjum -Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem złożył w postępowaniu ofertę zdecydowanie najkorzystniejszą pod względem ceny.

VI.

UZASADNIENIE DLA ZARZUTU NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 10 PZP

Odwołujący podtrzymuje także swoje wcześniejsze zarzuty odnośnie nie spełnienia przez Konsorcjum Sener i Konsorcjum Poyry warunku określonego w art. 22 ust 1 pkt. 2 w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

(a) Odnośnie Konsorcjum Sener:

Zgodnie z pkt. 8.2.1. b) IDW Ekspert w branży kolejowej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych ze specjalizacją trakcje elektryczne, powinien doświadczenie w zakresie projektowania -udział w wykonaniu dokumentacji

projektowej w co najmniej dwóch projektach budowy/modernizacji linii kolejowych o prędkości $V > 160$ km/h.

Konsorcjum firm Sener zaproponowało w swojej ofercie na to stanowisko osobę Pana Bogdana K.. Pan K. nie spełnia wymogów SIWZ, gdyż posiada doświadczenie w opracowaniu tylko jednej dokumentacji projektowej o prędkości $V > 160$ km/h, tj. Modernizacja linii kolejowej E65 do prędkości 160/200 km/h. Pozostałe opracowane przez Pana K. projekty nie spełniają wymogów SIWZ i gdyż żadna z pozostałych pozycji wykazanych w załączniku nr 4 do SIWZ nie spełnia jednocześnie wymogu opracowania dokumentacji projektowej dla linii o prędkości $V > 16$ km/h. Konsorcjum Sener złożyło w tym zakresie wyjaśnienia jednocześnie wskazując że nie sposób podać prędkości przy wszystkich projektowanych przez daną osobę liniach, zwłaszcza, że sposób sprecyzowania tych pozycji nie był w SIWZ podany. Tymczasem nieprawdą jest, że sposób wykazania spełniania przedmiotowego wymogu nie został sprecyzowany, bo w SIWZ wskazano wprost, że kandydat na w/w stanowisko ma wykazać się opracowaniem projektu linii kolejowej o prędkości $V > 160$ km/h, co więcej w formularzu załącznika nr 4 do SIWZ w rubryce doświadczenie należało wskazać takie informacje, jak "miesiąc, rok zatrudnienia oraz zakres".

Zgodnie z pkt. 8.2.1. b) IDW Ekspert w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym musi posiadać doświadczenie w zakresie projektowania -udział w wykonaniu dokumentacji projektowej jako ekspert w zakresie sterowania ruchem kolejowym w co najmniej dwóch projektach budowy/modernizacji linii kolejowych o prędkości $V > 160$ km/h. Konsorcjum firm Sener zaproponowało w swojej ofercie na to stanowisko Pana Jerzego M. Pan M. nie spełnia wymogów postawionych w SIWZ, gdyż z załącznika nr 4 do SIWZ nie wynika, aby brał udział jako ekspert w opracowaniu dwóch dokumentacji projektowej budowy/modernizacji linii kolejowej o prędkości $V > 160$ km/h (podane opracowanie "modernizacja linii E30 Legnica -Węglińiec, stacje Legnica, Chojnów nie spełnia wymogów SIWZ, gdyż nie jest to linia o prędkości powyżej 160 km/h, ponadto opracowana część dotyczyła jedynie stacji Legnica, Chojnów). Wobec powyższego nie można uznać, iż Pan M. spełnia wymogi SIWZ w zakresie Kluczowego Eksperta w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. Konsorcjum Sener w Przystąpieniu do protestu z dnia 22.05.2008r., twierdzi, iż z dokumentów przedstawionych w ofercie odnośnie Pana M. dokładnie wynika, iż spełnia on wymogi SIWZ, nie przedstawiając jednak żadnych dodatkowych projektów opracowanych przez Pana M. Jednak jak wykazano powyżej, doświadczenie Panu M. przedstawione w ofercie Konsorcjum Sener w żaden sposób nie spełnia wymogów SIWZ.)

(b) Odnośnie Konsorcjum POYRY

Koordinator branży urządzeń zabezpieczenia sterowania ruchem i systemów ERTMS (Pan Walter B.) - z załącznika nr 4 do SIWZ nie wynika spełnienie wymagań Zamawiającego jako koordinator w zakresie ERTMS (wymóg określony w punkcie 8.2.1.b IDW, str. 8),

Koordinator branży sieci i instalacji elektrycznych, elektroenergetycznych i elektrotrakcyjnych (Pan Andrzej S.) - nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w punkcie 8.2.1.b IDW, str. 8 w zakresie prędkości konwencjonalnej linii kolejowej wdrożonej do realizacji dla prędkości powyżej 200km/h, gdyż z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, iż dla pozycji 1 (stacja Malczyce) z załącznika nr 4 do SIWZ dot. Pana S. nigdy nie była rozważana prędkość 200km/h,

Ekspert w branży mostowej ze specjalizacją kolejowe obiekty inżynierskie (Pan Zbigniew S.) - z załącznika nr 4 do SIWZ dot. Pana S. nie wynika, iż brał on udział w opracowywaniu co najmniej dwóch projektów dot. linii o prędkości powyżej 160km/h (wymóg określony w punkcie 8.2.1.b IDW, str. 9).

Ekspert w branży kolejowej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych ze specjalizacją trakcje elektryczne (Pan Marek D.) -nie spełnia on wymagań Zamawiającego dotyczących dwóch projektów linii kolejowych o prędkości powyżej 160km/h, gdyż linia kolejowa E30 projektowana jest na maksymalną prędkość 160km/h (wymóg określony w punkcie 8.2.1.b IDW, str. 9),

Ekspert w branży kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym (Pan Jerzy O.) I nie spełnia wymagań Zamawiającego dot. dwóch projektów linii kolejowych o prędkości powyżej 160km/h (wymóg określony w punkcie 8.2.1.b IDW, str. 9),

Zamawiający w pkt. 8.2.1 b) postawił wymóg aby osoba na stanowisku Eksperta w zakresie geodezji posiadała wykształcenie wyższe geodezyjne oraz uprawnienia zawodowe. Pani Monika J., przedstawiona w ofercie Konsorcjum Poyry jako kandydatka na w/w stanowisko, posiada odpowiednie uprawnienia zawodowe. Brak jest natomiast informacji co do jej wykształcenia. Nie można zatem stwierdzić, iż spełnia wymogi SIWZ w tym zakresie, samo bowiem posiadanie uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji i kartografii nie jest jednoznaczne z posiadaniem wyższego wykształcenia geodezyjnego (uprawnienia takie mogą

być wydane na podstawie wykształcenia technicznego geodezyjnego).

Reasumując należy stwierdzić, iż zarówno konsorcjum Sener, jak i konsorcjum Poyry nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, dlatego zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 10 Wykonawcy ci powinni zostać wykluczeni a ich oferty odrzucone

VIII. NARUSZENIE INTERESU PRAWNEGO ODWOŁUJĄCEGO

Bezpodstawne uznanie za nieważną oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum z uwagi na rzekome nienależyte umocowanie pełnomocnika Konsorcjum składającego przedmiotową ofertę w imieniu Konsorcjum, będącego w istocie jedynie wynikiem dokonanej przez Zamawiającego błędnej wykładni umocowania pana Tomasza K. udzielającego pełnomocnictwa konsorcjalnego spółce Halcrow Group Ltd w imieniu mocodawcy-konsorcjanta, tj. spółki Scott Wilson Ltd -uniemożliwia Konsorcjum prowadzenie uczciwej konkurencji z innymi wykonawcami uczestniczącymi w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym oczywisty jest interes prawny Odwołującego, którego prawidłowa i najkorzystniejsza cenowo dla Zamawiającego oferta została w konsekwencji błędów Zamawiającego bez podstawy prawnej uznana za nieważną i odrzucona, co uniemożliwia Odwołującemu uczciwe konkurowanie z innymi podmiotami biorącymi udział w postępowaniu przetargowym, a w dalszej konsekwencji -uniemożliwia Konsorcjum uzyskanie zamówienia.

Rozstrzygnięcie protestu

Pismem z dnia 10.10.2008r. Zamawiający protest oddalił w całości

W opinii Zamawiającego zarzuty są chybione.

Ponadto należy zauważyć, iż w orzecznictwie panuje jednolity pogląd dotyczący konieczności wskazania w pełnomocnictwie upoważnienia do udzielania pełnomocnictw dalszych dla skutecznego ustanowienia pełnomocnika dalszego.

W art. 106 Kc ustawodawca przewidział, że pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa.

Wbrew twierdzeniom zaprezentowanym przez Protestującego w treści protestu, w zakresie dokumentu pełnomocnictwa nie jest możliwe wykorzystanie przez Zamawiającego procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 i 4 PZP, poprzez wezwanie Protestującego do uzupełnienia wymaganych dokumentów lub też złożenia wyjaśnień.

Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców biorących udział w postępowaniu, wyznacza rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r. Nr 87, poz. 605), wydane na podstawie art. 25 ust. 2 PZP. Uzupełnianie dokumentów dotyczy dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Z jednej strony są to dokumenty dotyczące właściwości podmiotu potwierdzające, że dany wykonawca spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, z drugiej dokumenty odnoszące się do przedmiotu oferty -dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę, które potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Do tej grupy należeć będą zaświadczenia potwierdzające spełnienie norm lub wymogów specyfikacji technicznych przez określone produkty będące przedmiotem zamówienia, a w przypadku głównie usług i robót budowlanych poświadczenia zgodności działań wykonawcy z odpowiednimi europejskimi normami jakościowymi i zarządzania środowiskiem, Instytucji uzupełniania dokumentów nie można odnosić do .innych elementów oferty, np. brakujących pełnomocnictw (vide: Komentarz do art.26 M. Stachowiak J. Jerzykowski, W Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych .Komentarz LEX, 2007, wy.III). Nie jest zatem możliwe wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, ani dokumentu potwierdzającego fakt wniesienia wadium. Wspomnianych dokumentów nie można bowiem zaliczyć do tych, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ani do tych, które potwierdzają spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Poglądy powyższe znajdują potwierdzenie także w bogatym orzecznictwie, które zacytował Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu.

Zgodnie z pkt. 12.4 SIWZ "Pełnomocnictwo osób podpisujących ofertę do reprezentowania Wykonawcy, zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości

odpowiadającej cenie oferty oraz podpisania oferty musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty.”

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający nie skorzystał z możliwości żądania wyjaśnień złożonej oferty w trybie art, 87 ust. 1 ustawy, należy przypomnieć, że korzystanie z tej możliwości jest uprawnieniem Zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Zatem nie mając jakichkolwiek wątpliwości w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą, Zamawiający nie skorzystał z przysługujących mu uprawnień uznając, iż doprowadzenie do stanu zgodności z przepisami w zakresie pełnomocnictwa wymagałoby ze strony Wykonawcy zmiany złożonych dokumentów, co zgodnie z treścią przepisu art. 87 ust. 1 jest niedopuszczalne. W przedmiotowym zakresie jednolite stanowisko występuje w orzecznictwie.

W odniesieniu do zarzutów nie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum, którego liderem jest SENER Sp. z o.o.. oraz Konsorcjum, którego liderem jest Poyry Infra GmbH należy uznać, iż również są bezzasadne. Protestujący nie wziął pod uwagę wszystkich dokumentów złożonych w postępowaniu przez Wykonawców, w szczególności uzupełnień i wyjaśnień. Zatem należy uznać, iż zarzuty nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcja nie znajdują potwierdzenia w proteście. Należy zauważyć, iż obowiązkiem Protestującego jest udowodnienie swoich zarzutów, czego Protestujący ewidentnie nie uczynił.

W związku z powyższym protest złożony przez Protestującego w dniu 1 października 2008 roku nie zasługuje na uwzględnienie, podlega oddaleniu w całości.

Drugie odwołanie

W dniu 30.09.2008r. Arcadis złożył protest, a w dniu 15.10.2008r. odwołanie podtrzymując żądania i zarzuty zawarte w proteście .

W ocenie Odwołującego oferta złożona przez niego, gdyby nie została odrzucona, byłaby ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. W związku z powyższym Protestujący posiada interes prawny w złożeniu przedmiotowego protestu.

Zdaniem Protestującego Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, a także 87 ust. 1 ustawy Pzp. Protestujący wnosi zatem o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Protestującego,

- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego,
- 3) wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł następującą argumentację formalno -prawną Zdaniem Protestującego, Zamawiający nie ustalił stanu faktycznego z należytą starannością wskutek czego dokonał niewłaściwej subsumpcji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Na stronie 18 oferty znajduje się pełnomocnictwo udzielone przez Arcadis Nederland BV na rzecz lidera Konsorcjum. Pełnomocnictwo to zostało udzielone przez Pana AW.M. C., Dyrektora Finansowego Arcadis Nederland BV działającego na mocy

(a) kompetencji przysługujących mu z tytułu pełnionej funkcji Dyrektora Finansowego uwidocznionej na wypisie z rejestru handlowego Izby Gospodarczej, i (b) pełnomocnictwa z dnia 23 lipca 2008 r. udzielonego przez Pana D.J. K. pełniącego funkcję Dyrektora Arcadis Nederland BV upoważnionego do jednoosobowego zarządzania spółką. Oba powyższe dokumenty, będące załącznikami do oferty, dowodzą właściwego umocowania Pana AW.M. C. do ustanowienia w imieniu Arcadis Nederland BV wykonawcę Arcadis Profil Sp. z o.o. liderem Konsorcjum.

Zgodnie z pierwszym z przywołanych wyżej dokumentów, Pan A W.M. C. pełni funkcję Dyrektora Finansowego, a także jest pełnomocnikiem Arcadis Nederland BV. Ma on prawo do reprezentowania Arcadis Nederland BV z tytułu pełnionej funkcji.

Zgodnie z drugim z przywołanych wyżej dokumentów, Pan AW.M. C. otrzymał odrębne pisemne upoważnienie od Dyrektora Arcadis Nederland BV Pana D.J. K., który samodzielnie i jednoosobowo jest uprawniony do reprezentowania Arcadis Nederland BV. Pełnomocnictwo to upoważnia Pana AW.M. Corvera na czas nieobecności Dyrektora Pana D.J. Krasa do wykonywania wszystkich czynności zgodnie z kompetencjami pracownika kategorii I opisanymi w regulacji dotyczącej upoważnienia Arcadis Nederland BV. Zakres kompetencji pracownika kategorii I jest najszerszym możliwym zakresem upoważnienia, co znajduje potwierdzenie w fakcie, iż Dyrektor Arcadis Nederland BV, Pan D.J. K., osoba najwyższej usytuowana w hierarchii osób upoważnionych do działania w imieniu Arcadis Nederland BV, pełniąc funkcję jednoosobowego zarządu, jest pracownikiem należącym do kategorii I. Upoważnienie pracownika na czas nieobecności osoby pełniącej funkcję jednoosobowego zarządu Arcadis Nederland BV oznacza najwyższy stopień umocowania pracownika, wykraczający poza ograniczenia nałożone na pracownika na określonym stanowisku w normalnych okolicznościach, w tym także do składania ofert, zawierania umów, udzielania pełnomocnictw, bez względu na wartość przedmiotu czynności prawnej.

zamawiający uznał jednak, że Pan A.W.M. C., ustanawiając lidera Konsorcjum, działał z przekroczeniem upoważnienia. Pragniemy podnieść, że wniosek taki nie znajduje oparcia w złożonych dokumentach.

Protestujący przyjmuje jednak, że Zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do zakresu pełnomocnictwa w świetle treści złożonych dokumentów. W takim przypadku uzasadnione jest oczekiwanie, iż przed podjęciem decyzji o dalszym rozpatrywaniu oferty bądź jej odrzuceniu, zostaną one jednoznacznie rozstrzygnięte. Jeżeli więc w niniejszym przypadku Zamawiający powziął wątpliwość, mógł być, a nawet powinien być, zwrócić się do Protestującego o stosowne wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, np. żądając wskazania jakie czynności leżą w kompetencjach pracownika kategorii I bądź jaki jest zakres kompetencji pracownika na stanowisku Dyrektora Finansowego itp. Zamawiający zresztą przyznaje, że: istnieje hipotetyczna możliwość, iż prawo do udzielania da/szych pełnomocnictw w pełnym zakresie tak przedmiotowym, jak i podmiotowym d/a Pana A.W.M. C. może wynikać ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa (...)". Zamawiający z jednej strony nie wyklucza tego, że pełnomocnictwo ustanawiające lidera Konsorcjum jest prawidłowe, a z drugiej odrzuca ofertę jako zawierającą nieważne oświadczenie woli ustanawiające tegoż pełnomocznika. Oczywiście, w obecnym stanie prawnym zamawiającym nie przysługuje uprawnienie do żądania uzupełnienia brakującego bądź wadliwego pełnomocnictwa, w żadnym wypadku nie oznacza to jednak, iż dopuszczalne jest podejmowanie decyzji o odrzuceniu oferty bez dostatecznego wyjaśnienia stanu faktycznego. Zamawiający zobowiązany był więc zwrócić się do Protestującego o wyjaśnienie; dokumenty znajdujące się w ofercie z całą pewnością nie pozwalają na wysnucie wniosku, iż oświadczenie woli Pana A.W.M. C. jest nieważne. Ponieważ tego nie uczynił, jego decyzja o odrzuceniu oferty obarczona jest błędem.

Zważywszy na nieskorzystanie przez zamawiającego z ustawowego narzędzia pozwalającego na przesądzenie kwestii prawidłowości pełnomocnictwa zauważyć należy, że wysiłek wykonawców uczestniczących w Konsorcjum przeznaczony na sporządzenie oferty został przez zamawiającego zbyt łatwo zaprzepaszczony.

Zarzut niedochowania przez zamawiającego należytej staranności wobec powyższego jest w pełni uzasadniony, tak jak zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wnosimy zatem o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym -o ile zamawiający istotnie ma wątpliwości co do zakresu umocowania Dyrektora Finansowego Arcadis Nedeñand BV Pana A.W.M. C. - wezwania do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą. W przeciwnym

razie postępowanie zamawiającego będzie można uznać za naruszające zasadę uczciwej konkurencji, do przestrzegania której zobowiązuje go przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe wniesienie niniejszego protestu jest zasadne i konieczne, zaś określone na wstępie żądania Protestującego zasługujące na uwzględnienie w całości.

Pismem z dnia 10.10.2008r. Zamawiający odrzucił protest, złożony na odrzucenie oferty, uznając zarzuty protestu za bezpodstawne.

Podstawą odrzucenia protestu de facto są okoliczności, które zadecydowały o odrzuceniu oferty konsorcjum Arcadis Profil Sp. z o.o., a sprowadzającego się do tego, że z treści pełnomocnictwa udzielonego przez Pana D.J. K. Panu A.W.M. C. nie wynika upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw, którego z kolei udzielił Pan A.W.M. C. na rzecz lidera konsorcjum Arcadis Profil Sp. z o.o.

W związku z powyższym protest zostaje odrzucony na podstawie art.180 ust.7 jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony.

Przedstawiony w proteście zarzut, zaniechania wyjaśnień w zakresie pełnomocnictwa, na podstawie art.87 ust.1 Pzp jest bezzasadny. Żądanie wyjaśnień od wykonawców jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Poza tym zakaz dokonywania zamian w ofercie w wyniku wyjaśnień, potwierdza niedopuszczalność uzupełniania pełnomocnictwa.

Ponadto podniesione zarzuty nie znajdują usprawiedliwienia w obowiązujących przepisach w tym SIWZ.

Zgodnie bowiem z treścią pkt 12.4 Instrukcji Dla Wykonawców SIWZ "Pełnomocnictwo osób podpisujących ofertę do reprezentowania Wykonawcy, zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej cenie oferty oraz podpisania oferty musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli pełnomocnictwo takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru lub zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej), to do oferty należy dołączyć oryginał lub urzędowo poświadczony odpis pełnomocnictwa wystawionego na reprezentanta Wykonawcy".

Z dokumentów przedłożonych do oferty, a w szczególności z wypisu rejestru handlowego Izby Gospodarczej, wynika że Pan A.W.M C. jest Dyrektorem Finansowym, ale zakres jego pełnomocnictwa jest ograniczony, a pozostałe dokumenty nie wskazują zakresu umocowania (str 132 i 143 oferty). Również pozostałe dokumenty złożone z ofertą nie zawierają

informacji dotyczących "kompetencji pracownika kategorii I". Również ze złożonych dokumentów nie wynika upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Reasumując w ocenie Zamawiającego złożony protest nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Do postępowania protestacyjnego, a następnie odwoławczego przystąpiło konsorcjum SENER, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Pismem z dnia 10.11.2008r. Konsorcjum SENER zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania konsorcjum HALCROW w całości.

Pismem z dnia 10.11.2008r. Konsorcjum SENER zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania konsorcjum ARCADIS w całości.

Pismem z dnia 13.10.2008r. złożonego na rozprawie w dniu 13.11.2008r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na wniesione odwołania wnosząc ich oddalenia w całości.

Pierwsze odwołanie

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Odwołanie konsorcjum Halcrow nie podlega odrzuceniu, co było przedmiotem posiedzenia Izby, a Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku przywrócenia jego oferty do postępowania, oferta konsorcjum HALCROW, przy jedynym kryterium ceny, jest korzystniejszą (oferta wybranego konsorcjum SENER opiewa na kwotę brutto 76 738 000, 00zł., a oferta Odwołującego konsorcjum HALCROW na kwotę brutto 58 802 780, 00 zł.) od oferty wykonawcy wybranego to jest konsorcjum SENER .

Zamawiający w piśmie z dnia 24 września 2008r. dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonał również odrzucenia między innymi oferty konsorcjum HALCROW z uwagi na to, że pełnomocnictwo Pana Tomasza K. jest nieodpowiednie w myśl przepisów prawa cywilnego, a w szczególności art. 106 k.c. Bowiern zgodnie z art.106 k.c. pełnomocnik może ustanowić dalszego pełnomocnika gdy wynika to z treści pełnomocnictwa.

Zakwestionowaniu przez Zamawiającego podlegało pełnomocnictwo z dnia 17 grudnia 2007r. udzielone przez członka konsorcjum HALCROW to jest spółkę Scott Wilson Anglia, w którym nie znajdowało się oczekiwane przez Zamawiającego upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw. Z treści wynikało, że Tomasz K. jest ustanowiony pełnomocnikiem do podejmowania działań w tym w pełnomocnictwie wyszczególnionych.

Zdaniem Zamawiającego w katalogu upoważnień znajdujące się prawo do "upoważniania członków personelu w Polsce do podpisywania i przedkładania dokumentów przetargowych Spółki przy ubieganiu się o kontakty na świadczenie usług profesjonalnych" jest dowodem na to, że Pan K. co najwyżej może upoważniać pracowników Spółki Scott Wilson, a nie inne osoby spoza Spółki w tym, spółki prawa handlowego jaką jest Halcrow Group Limited Vineyard Hose 44 Brook Green Londyn W 6 7BY Wielka Brytania.

Na tejże podstawie przywołując treść pkt 12.4 Instrukcji Dla Wykonawców SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) o treści :

"Pełnomocnictwo osób podpisujących ofertę do reprezentowania Wykonawcy, zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej cenie oferty oraz podpisania oferty musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli pełnomocnictwo takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru lub zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej), to do oferty należy dołączyć oryginał lub urzędowo poświadczony odpis pełnomocnictwa wystawionego na reprezentanta Wykonawcy" Zamawiający uznał za nieskuteczne udzielenie spółce Halcrow Group Limited pełnomocnictwa do reprezentowania członków konsorcjum HALCROW z dnia 04.07.2008r.

Rozpatrując protest jak i uwzględniając pismo Zamawiającego z dnia 13.10.2008r. stanowiące odpowiedź na złożone odwołanie, należy stwierdzić, że Zamawiający nie uważa się za zobowiązanego do wyjaśnienia statusu Tomasza K. na podstawie zarówno art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, jak i art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Przy rozstrzygnięciu przedmiotowego sporu, co do skuteczności udzielonego pełnomocnictwa przez Tomasza K., pełnomocnikowi konsorcjum HALCROW, uwzględniono następujące dokumenty znajdujące się w aktach dokumentacji przetargowej przedłożonej przez Zamawiającego :

1. Pełnomocnictwo z dnia 04.07.2008r., w którym członkowie konsorcjum HALCROW, udzielają pełnomocnictwa Halcrow Group Limited, zgodnie z art. 23 ust.2 ustawy Pzp., w którym to pełnomocnictwie Pan Tomasz K. podpisując za spółkę Scott Wilson używa pieczęci "Tomasz K. PROKURENT",

2. Pełnomocnictwo z dnia 17.12.2007r. wystawione przez spółkę Scott Wilson Panu Tomaszowi K., jako pełnomocnikowi z wyszczególnieniem działań wymienionych przykładowo, poprzez użycie zwrotu ("pełnomocnikiem do podejmowania, między innymi następujących działań : (...)
3. Pismo z 30.09.2008r. Dyrektorów Scott Wilson : G.H. French i H. Blackwood do Zamawiającego, nawiązujące do odrzucenia oferty z uwagi na to, że jakoby Tomasz K. nie posiadał pełnomocnictwa do umocowania lidera konsorcjum HALCROW do podpisania oferty w imieniu Scott Wilson, w którym to zapis pełnomocnictwa z dnia 17.12.2007r w zakresie "podpisywania i składania ofert przetargowych na usługi Scott Wilson Ltd" interpretują, że w przypadku składania ofert w ramach konsorcjum Tomasz K. miał pełnomocnictwo do udzielenia pełnomocnictwa Halcrow Group Ltd w trybie art. 23 ust. 2 ustawy. Również oświadczają, że do czynności z dnia 04.07.2008r. nie było mu potrzebne żadne dodatkowe pełnomocnictwo. Dalej stwierdzają, że złożona oferta przez Halcrow Group Ltd, jest również złożona przez Scott Wilson. Kończąc swoje oświadczenie mają nadzieję, że to wyjaśnia sytuację i proszą o rezygnację z podważania pełnomocnictwa Pana Tomasza K.
4. W dniu 30.09.2008r. złożono do Zamawiającego opinię prawnika angielskiego A.Stinsona, działającego na rzecz Scott Wilson, z której wynika, że pełnomocnictwo z dnia 17.12.2007r. zgodnie z zawartą w nim klauzulą podlega prawu angielskiemu, zgodnie z którym, w zakresie umocowania Tomasza K. mieści się umocowanie do udzielania dalszych koniecznych pełnomocnictw w imieniu Scott Wilson i do tego nie są potrzebne żadne dodatkowe klauzule w udzielonym jemu pełnomocnictwie.
5. Przedwstępna Umowa Konsorcjum HALCROW z dnia 08.07.2008r., którą Pan Tomasz K. podpisał łącznie z innymi członkami konsorcjum używając pieczęci "Tomasz Kk PROKURENT".
6. Wypis z KRS z dnia 14.04.2008r. Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, z którego między innymi wynika, że do składania oświadczeń woli w imieniu Spółki uprawniony jest każdy z dyrektorów jednoosobowo, w tym wymienia się nazwiska Geoffrey Howard French Dyrektor Generalny oraz Hugh Blackwood członek zarządu, którzy podpisali pismo do Zamawiającego, o którym mowa w powyższym punkcie 3. Także w KRS wymienia się Tomasza K. jako prokurenta jednoosobowego

Izba rozstrzygając spór podzieliła stanowisko Odwołującego co do możliwości potwierdzenia pełnomocnictwa oraz umowy przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta, w tym wypadku potwierdzenia pełnomocnictwa udzielonego Halcrow Group Ltd przez Tomasza K. w dniu 04.07.2008r. działającego w imieniu Scott Wilson Ltd, oraz zawartej przedwstępnej

umowy konsorcjum z dnia 08.07.2008r. również w imieniu Scott Wilson Ltd, celem wypełnienia dyspozycji art.23 ust.2 i ust.4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby art.26 ustawy Pzp ma bezpośredni związek z art.25 ustawy Pzp i Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. (Dz.U. 2006r. Nr 87 poz.605), a pełnomocnictwo nie jest objęte jego dyspozycją.

Pełnomocnictwo może być objęte dyspozycją art. 87 ust.1 ustawy Pzp, dające uprawnienie Zamawiającemu do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści składanych ofert pod warunkiem, że te wyjaśnienia nie doprowadzą do zmiany treści oferty.

W związku z powyższym Izba podzieliła pogląd Odwołującego co do zastosowania art. 103 k.c. poprzez art.14 ustawy Pzp.

Takie stanowisko nawet nie łamie zasady określonej w art. 106 k.c. z uwagi na to, że podstawą udzielenia pełnomocnictwa dla Tomasza K. jest jego stosunek prawny ze Spółką Scott Wilson gdzie pełni funkcji prokurenta jednoosobowego Scott Wilson LTD w jego oddziale w Polsce.

Przy czym Tomasz K. działając jako prokurent oddziału w Polsce działa na rzecz Scott Wilson Ltd, która poprzez zarejestrowanie oddziału w Polsce nie wyposaża tego oddziału w odrębną osobowość prawną. Powyższe wynika z regulacji art. 85 -88 ustawy z dnia 02.07.2004r. - Swoboda działalności gospodarczej (Dz. U. 2007r. Nr 155, poz.1095) zgodnie z którymi przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział w polsce jest obowiązany do ustanowienia osoby w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego (Scott Wilson Ltd w oddziale Polska powołał Tomasza K. na stanowisko prokurenta jednoosobowego). Zgodnie z art. 109 ze zn.1 Kc prokura jest pełnomocnictwem, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

W ocenie składu orzekającego Izby tymi czynnościami jest również umocowanie do udzielenia pełnomocnictwa członkowi konsorcjum celem wypełnienia dyspozycji art.23 ust.2 ustawy Pzp.

Reasumując potwierdziły się zarzuty Odwołującego co do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp. oraz w pozostałym zakresie podnoszonym przez Odwołującego.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego należy stwierdzić, że poprzez czynności potwierdzające zakres pełnomocnictwa ze strony dyrektorów Scott Wilson i wyjaśnień prawnika tejże spółki nie nastąpiło uzupełnienie dokumentów (art.26 ust.3 ustawy Pzp), ani nie nastąpiła zmiana treści oferty (art.87 ust.1 ustawy Pzp), a w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał nieważności pełnomocnictwa udzielonego przez Tomasza K. dla pełnomocnika Konsorcjum, a przez to nieważności złożonej oferty przez konsorcjum HALCROW.

Skład orzekający Izby uwzględniając odwołanie, nie rozstrzygnął zarzutów dotyczących niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego

przedstawicieli konsorcjum SENER oraz POYRY z uwagi na to, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w podważaniu kompetencji personelu z uwagi na to, że cena ofertowa zarówno konsorcjum SENER, jak i POYRY jest droższa od ceny ofertowej Odwołującego (Odwołujący 58 802 780, 00 zł., SENER 76 738 000, 00 zł, POYRY 84 423 666,00zł.)

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji Wyroku .

.

Drugie odwołanie

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Odwołanie konsorcjum ARCADIS nie podlega odrzuceniu, co było przedmiotem posiedzenia Izby, a Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku przywrócenia jego oferty do postępowania, oferta konsorcjum ARCADIS, przy jedynym kryterium ceny, jest korzystniejszą (oferta wybranego konsorcjum SENER opiewa na kwotę brutto 76 738 000, 00zł., a oferta Odwołującego konsorcjum ARCADIS na kwotę brutto 76 585 500 zł.) od oferty wykonawcy wybranego to jest konsorcjum SENER .

Zamawiający w piśmie z dnia 24 września 2008r. dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonał również odrzucenia między innymi oferty konsorcjum ARCADIS. Podstawą odrzucenia oferty jest okoliczność, że z treści pełnomocnictwa udzielonego przez Pana D.J. K. Panu A.W.M. C. nie wynika upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw, którego z kolei udzielił Pan A.W.M. C. na rzecz lidera konsorcjum Arcadis Profil Sp. z o.o.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający przywołał art.106 k.c. o tym, że w pełnomocnictwie powinno być zaznaczone prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw oraz o nie stosowaniu art.103 k.c. do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ byłoby to wbrew prawu zamówień publicznych, a w szczególności regulacji o uzupełnianiu dokumentów, pośród których nie ma możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentu jakim jest pełnomocnictwo.

Dalej Zamawiający przywołał art. 104 k.c. zgodnie z którym czynność prawna dokonana bez upoważnienia jest nieważna, czyli reasumując oferta jest nieważna, ponieważ pełnomocnik konsorcjum uzyskał upoważnienie do reprezentowania od osoby nieuprawnionej.

Na tejże podstawie przywołując treść pkt 12.4 Instrukcji Dla Wykonawców SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) o treści :

“Pełnomocnictwo osób podpisujących ofertę do reprezentowania Wykonawcy, zaciągania w jego imieniu zobowiązań finansowych w wysokości odpowiadającej cenie oferty oraz

podpisania oferty musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli pełnomocnictwo takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru lub zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej), to do oferty należy dołączyć oryginał lub urzędowo poświadczony odpis pełnomocnictwa wystawionego na reprezentanta Wykonawcy” Zamawiający uznał za nieskuteczne udzielenie spółce ARCADIS Profil Sp .z o.o. pełnomocnictwa do reprezentowania

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Przy rozstrzygnięciu przedmiotowego sporu, co do skuteczności udzielonego pełnomocnictwa Panu A.W.M. C., pełnomocnikowi konsorcjum ARCADIS, uwzględniono następujące dokumenty znajdujące się w aktach dokumentacji przetargowej przedłożonej przez Zamawiającego oraz złożonego oświadczenia na rozprawie przez Odwołującego :

1. pełnomocnictwo z dnia 31.07.2008r. udzielone przez ARCADIS Nederland BV dla ARCADIS Profil Sp. z o.o. jako pełnomocnika konsorcjum ARCADIS , przez Pana A.W.M. C. Dyrektora ds Finansowych, z dopiskiem pod podpisem - upoważniony przedstawiciel Pana D.J. K.
2. Pełnomocnictwo z dnia 23.07.2008r. udzielone przez Pana D.J. K. Dyrektora Zarządzającego ARCADIS Nederland B.V. / Sp. z o.o. /dla pełnomocnika Pana A.W.M. C. do czasowego upoważnienia, by ten podczas jego nieobecności w okresie od 24.07.2008r. do 18.08.2008r. jako pełnomocnik mógł wykonywać niżej opisane czynności prawne : wszystkie czynności zgodne z kompetencjami pracownika kategorii I opisanymi w regulacji dot. upoważnienia ARCADIS Nederland B.V.
3. wypis z rejestru ARCADIS Nederland z dnia 18 lutego 2008r. gdzie ujawniono wpis ; D.J. K. jako Dyrektora posiadającego zakres pełnomocnictwa : samodzielnie, jednoosobowo oraz A.W.M C. Dyrektor finansowy posiadający pełnomocnictwo ograniczone.
4. Oświadczenie z dnia 30.09.2008r. Pana D.J.K. Dyrektor Zarządzający ARCADIS Nederland B.V, z którego wynika , że A.W.M. C. zajmując w spółce stanowisko dyrektora finansowego ma prawo do reprezentowania Spółki w tym m.i. Do zaciągania zobowiązań i ustanawiania pełnomocników. Przywołując wypis z rejestru handlowego wskazuje na ograniczenia, które nie dotyczą ustanawiania pełnomocników. W zakończeniu Pan D.J.K. oświadcza, że wszelkie czynności wykonane przez Pana A.W.M C. w w.w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są dla Spółki ARCADIS Nederland B.V ważne i wiążące.

Izba rozstrzygając spór podzieliła stanowisko Odwołującego co do możliwości potwierdzenia pełnomocnictwa, w której imieniu umowa została zawarta, w tym wypadku potwierdzenia pełnomocnictwa udzielonego ARCADIS Profil Sp. z o.o. przez Pana A.W.M C. w dniu 31.07.2008r. działającego w imieniu ARCADIS Nederland B.V., celem wypełnienia dyspozycji art.23 ust.2 i ust.4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby art.26 ustawy Pzp ma bezpośredni związek z art.25 ustawy Pzp i Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. (Dz.U. 2006r. Nr 87 poz.605), a pełnomocnictwo nie jest objęte jego dyspozycją.

Pełnomocnictwo może być objęte dyspozycją art. 87 ust.1 ustawy Pzp, dające uprawnienie Zamawiającemu do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści składanych ofert pod warunkiem, że te wyjaśnienia nie doprowadzą do zmiany treści oferty.

W związku z powyższym Izba wyraża pogląd, iż do pełnomocnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają zastosowanie art. 103 k.c. poprzez art.14 ustawy Pzp.

Takie stanowisko nawet nie łamie zasady określonej w art. 106 k.c. z uwagi na to, że podstawą udzielenia pełnomocnictwa dla Pana A.W.M. C. jest jego stosunek prawny ze Spółką ARCADIS Nederland B.V. Gdzie jako dyrektor finansowy jest wpisany do rejestru Spółki z zaznaczeniem, że posiada pełnomocnictwo ograniczone, co nie oznacza wprost, że nie może udzielać dalszych pełnomocnictw. Bowiem zgodnie w oświadczeniu z dnia 30.09.2008r. upoważniony do jednoosobowej reprezentacji Pan D.J.K. Dyrektor Zarządzający ARCADIS Nederland B.V. oświadczył po pierwsze, że pełnomocnictwo ograniczone upoważnia do udzielania pełnomocnictw, a pod drugie że wszelkie czynności wykonane przez Pana A.W.M C. w w.w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są dla Spółki ARCADIS Nederland B.V ważne i wiążące.

Reasumując tym oświadczeniem D.J.K. wyjaśnił wątpliwości co do zakresu pełnomocnictwa (udzielanie dalszych pełnomocnictw) co wypełnia dyspozycję jaką posiada Zamawiający na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp oraz potwierdził czynności co wypełnia dyspozycję art. 103 k.c. poprzez art. 14 ustawy Pzp.

Reasumując potwierdziły się zarzuty Odwołującego co do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp. oraz w pozostałym zakresie podnoszonym przez Odwołującego.

W obydwu odwołaniach Izba nie stwierdziła, aby wyczerpały się przesłanki z pkt 12.4 IDW SIWZ co do treści pełnomocnictwa, na którą powoływał się Zamawiający odrzucając obydwie oferty. Bowiem obydwa pełnomocnictwa wynikały wprost z rejestrów spółek, a dodatkowo udzielone pełnomocnictwa również upoważniały pełnomocników do reprezentacji spółek. Natomiast dokonane wyjaśnienia, oświadczenia spółek nie spowodowały zmiany treści

dokumentów pełnomocnictw, a jedynie wyjaśniły wątpliwości i potwierdziły dokonane czynności przez pełnomocników.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, zasadzając wynagrodzenie pełnomocników do kwoty 3600 zł każdemu z nich.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*