

Sygn. akt: KIO/UZP 706/10

POSTANOWIENIE
z dnia 6 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk

Klaudia Szczytowska – Maziarz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 6 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **występujących wspólnie Wykonawców: Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Produkcyjne INKOM Sp. z o.o., ul. Pabianicka 67, 97-400 Bełchatów oraz Zdzisława Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, ul. Lipowa 113, 97-400 Bełchatów**, od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **PGE Elektrowania Bechatów S.A., ul. Energetyczna 7, Rogowiec, 97-406 Bełchatów 5** protestu z dnia 29 marca 2010 r.

przy udziale wykonawcy **BinŻ S.A., ul. Olsztyńska 3, 97-400 Bełchatów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzucić odwołanie,

2. kosztami postępowania obciążyć **występujących wspólnie Wykonawców: Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Produkcyjne INKOM Sp. z o.o., ul. Pabianicka 67, 97-400 Bełchatów oraz Zdzisława Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, ul. Lipowa 113, 97-400 Bełchatów**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **występujących wspólnie Wykonawców: Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Produkcyjne INKOM Sp. z o.o., ul. Pabianicka 67, 97-400 Bełchatów oraz Zdzisława Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, ul. Lipowa 113, 97-400 Bełchatów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **występujących wspólnie Wykonawców: Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Produkcyjne INKOM Sp. z o.o., ul. Pabianicka 67, 97-400 Bełchatów oraz Zdzisława Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, ul. Lipowa 113, 97-400 Bełchatów** na rzecz **PGE Elektrowania Bechatów S.A., ul. Energetyczna 7, Rogowiec, 97-406 Bełchatów 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **występujących wspólnie Wykonawców: Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Produkcyjne INKOM Sp. z o.o., ul. Pabianicka 67, 97-400 Bełchatów oraz Zdzisława Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, ul. Lipowa 113, 97-400 Bełchatów.**

Uzasadnienie

Zamawiający, PGE Elektrownia Bechatów S.A., w dniu 28 stycznia 2010 r. wszczął postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego na zadanie „*Dostosowanie składowiska popiołu i żużla Lubień do eksploatacji w X etapie*” poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. W tym również dniu przekazał to ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Europejskich.

Przed upływem terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 4 oferty. Ofertę nr 3 złożyli występujący wspólnie Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Produkcyjne INKOM Sp. z o.o., ul. Pabianicka 67, 97-400 Bełchatów oraz Zdzisław Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, ul. Lipowa 113, 97-400 Bełchatów, zwani dalej Konsorcjum, Protestującym lub Odwołującym.

Zamawiający w dniu 23 marca 2010 r. udostępnił Konsorcjum na jego prośbę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia.

W dniu 29 marca 2010 r. Konsorcjum wniosło do Zamawiającego protest na zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Wykonawcy BinŻ S.A. oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, a wobec oddalenia w dniu 7 kwietnia 2010 r. protestu przez Zamawiającego, w dniu 15 kwietnia 2010 r. wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie.

Zamawiający otrzymał kopię odwołania na piśmie w dniu 15 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem pełnomocników stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie oświadczeń stron i uczestnika postępowania złożonych w trakcie postępowania odwoławczego, a także oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. - zwanej dalej ustawą Pzp), jako odwołanie, które zostało wniesione z uchybieniem terminów

określonych w ustawie, a ponadto na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3) ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, iż protest został wniesiony przez podmiot nieuprawniony.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający w dniu 28 stycznia 2010 r. zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. W tym również dniu przekazał to ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Europejskich.

Izba podzieliła pogląd wyrażony w opinii prawnej *Moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, według której wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje w dniu uzewnętrznienia woli Zamawiającego. Tym samym w ocenie Izby w niniejszej sprawie, prowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp dniem wszczęcia postępowania, była data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej.

Kierując się tymi ustaleniami, Izba uznała, iż postępowanie o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, zostało wszczęte w dniu 28 stycznia 2010 r., a zatem przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Tym samym do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) i z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) w brzmieniu dotychczasowym – sprzed wejścia w życie wskazanych powyżej przepisów.

Izba ustaliła, iż Konsorcjum wniosło protest, a następnie odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Wykonawcy BinŻ S.A. oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, uznając iż chwila zapoznania się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia jest momentem, w którym powzięło ono wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Zgodnie z ustaleniami dokonanymi przez Izbę, Zamawiający nie zakończył przed dniem wniesienia protestu przez Konsorcjum, a nawet przed dniem posiedzenia Izby, procesu oceny i badania ofert, a tym samym nie ustalił jeszcze wyników tegoż postępowania. Konsekwencją tego ustalenia Izby jest wniosek, iż Zamawiający nie mógł ich przekazać Wykonawcom oraz opublikować na stornie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie zgodnie z regulacją art. 92 ustawy Pzp.

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca jest uprawniony do wniesienia protestu na czynność Zamawiającego lub zaniechanie przez niego czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zgodnie z regulacją art. 92 ustawy Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający informując Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej jest jednocześnie zobowiązany poinformować o wykluczeniu Wykonawców oraz o odrzuceniu złożonych przez nich ofert. W ocenie Izby dopiero po przekazaniu Wykonawcom informacji o wynikach postępowania, o której mowa w art. 92 ustawy Pzp, uprawnionym jest podnoszenie przez Wykonawców, iż Zamawiający zaniechał czynności do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Dlatego też, w ocenie Izby wniesiony przez Konsorcjum protest, a w konsekwencji i odwołanie, są przedwczesne, a zatem wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Tym samym wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 187 ust. 4 pkt 4) ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, że ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożyli występujący wspólnie Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Produkcyjne INKOM Sp. z o.o., ul. Pabianicka 67, 97-400 Bełchatów oraz Zdzisława Kowalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy KOWBUD Zdzisław Kowalski, ul. Lipowa 113, 97-400 Bełchatów. Zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 5 lutego 2010 r. do reprezentowania Konsorcjum uprawniony był jego lider, tj. Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Produkcyjne INKOM Sp. z o.o.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż protest złożony przez Konsorcjum podpisany został przez pana Marka G. – członka zarządu oraz Piotra T. – wiceprezesa zarządu. Do protestu załączony został odpis z KRS z dnia 8 marca 2010 r. zgodnie z którym do reprezentowania Przedsiębiorstwa Innowacyjno-Produkcyjnego Inkom Sp. z o.o. w przypadku wieloosobowego zarządu uprawnieni byli odpowiednio: prezes zarządu łącznie z drugim członkiem zarządu, prezes zarządu łącznie z prokurentem lub członek zarządu łącznie z

prokurentom. Tym samym w ocenie Izby z ujawnionego odpisu KRS wynika jednoznacznie, iż osoby, które protest podpisały, nie były do tego uprawnione.

Odwołanie złożone przez Konsorcjum podpisane zostało przez prezesa zarządu – Jadwigę T. oraz Piotra T. – wiceprezesa zarządu.

Odwołujący na posiedzeniu Izby wraz z pełnomocnictwem dla osoby go reprezentującej przedstawił odpis z KRS z dnia 30 kwietnia 2010 r. , w którym jako ostatni numer wpisu został wskazany wpis numer 19 z dnia 21 kwietnia 2010 r., zgodnie z którym to odpisem, do reprezentowania spółki uprawniony jest prezes zarządu samodzielnie lub dwóch członków zarządu, z których co najmniej jeden jest wiceprezesem zarządu. Podnosił on również, iż w dniu 19 lutego 2010 r. została podjęta uchwała wspólników o zmianie umowy spółki w zakresie reprezentacji. Zmiana ta została ujawniona w KRS z dniem 21 kwietnia 2010 r.

Zamawiający na pytanie Przewodniczącego wyjaśnił, iż do oferty Odwołującego załączony został odpis z KRS z 16 listopada 2009 r. oraz że nie załączono do niej kopii powołanej uchwały z dnia 19 lutego 2010 r., a także że nie przedstawiono jej również wraz z protestem.

Odwołujący nie okazał powołanej uchwały Izbie.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba uznała, iż Konsorcjum nie wykazało iż, osoby, które podpisały protest, są uprawnione do reprezentowania Przedsiębiorstwa Innowacyjno-Produkcyjnego INKOM Sp. z o.o. Tym samym Zamawiający z dokumentów będących w jego dyspozycji nie mógł wywieść uprawnienia dla osób, które podpisały protest, do reprezentowania Konsorcjum, wobec czego uzasadnionym, w ocenie Izby, jest twierdzenie, iż protest został wniesiony przez podmiot nieuprawniony, z uwagi na fakt, iż osoby, które ten protest podpisały, nie wykazały uprawnienia do reprezentowania Spółki. Tym samym wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 187 ust. 4 pkt 3) ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku – orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....