

Sygn. akt: KIO/UZP 1890 /09

POSTANOWIENIE
z dnia 29 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Emil Kuriata

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 29 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: TATRAPOMA a.s., Biuro Usług Projektowych i Inwestycyjnych PROJ-INWEST Wojciech Styrzula, 060 01 Kezmarok, Pol' na c.4, Slovakia** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Bielsko – Biała, 43-300 Bielsko – Biała, Plac Ratuszowy 1** protestu z dnia 30 listopada 2009r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: TATRAPOMA a.s., Biuro Usług Projektowych i Inwestycyjnych PROJ-INWEST Wojciech Styrzula, 060 01 Kezmarok, Pol' na c.4, Slovakia

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 uiszczanego przez **Konsorcjum: TATRAPOMA a.s., Biuro**

Usług Projektowych i Inwestycyjnych PROJ-INWEST Wojciech Styrzcula, 060 01 Kezmarok, Pol' na c.4, Slovakia

- 2) dokonać wpłaty kwoty 770 zł 00 gr (słownie: siedemset siedemdziesiąt złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: TATRAPOMA a.s., Biuro Usług Projektowych i Inwestycyjnych PROJ-INWEST Wojciech Styrzcula, 060 01 Kezmarok, Pol' na c.4, Slovakia** na rzecz **Gmina Bielsko-Biała, 43-300 Bielsko-Biała, Plac Ratuszowy 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Konsorcjum TATRAPOMA a.s., Biuro Usług Projektowych i Inwestycyjnych PROJ-INWEST Wojciech Styrzcula, 060 01 Kezmarok, Pol' na c.4, Slovakia.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „opracowanie pełnozakresowej i pełnobrańkowej kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej zagospodarowania stoków Dębowca i Szyndzielni w Bielsku-Białej dla celów turystyczno-sportowo-rekreacyjnych poprzez realizację obiektów i urządzeń wraz z infrastrukturą.

W niniejszym postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Odwołujący się został wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, zaś oferta drugiego wykonawcy została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zawiadamiając wykonawców o dokonanych czynnościach pismem z dnia 16 listopada 2009 r., przesłanym faksem w tym samym dniu.

W dniu 30 listopada 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec wskazanych czynności Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający przedmiotowy protest odrzucił na podstawie przepisu art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, wskazując, iż protest został wniesiony po terminie (pismo z dnia 8 grudnia 2009 r. doręczone w tym samym dniu Odwołującemu się).

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący się, wnosząc w dniu 18 grudnia 2009 r. odwołanie, w którym podtrzymał żądania i zarzuty zgłoszone w proteście, ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisów art. 180 ust. 2 i art. 183 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania, ustaliła i zważyła, co następuje:

W trybie art. 187 ust. 6 ustawy Pzp w związku z § 17 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana jest zbadać czy nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania. Katalog przesłanek odrzucenia odwołania zawiera art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, wskazujący na ich *numerus clausus*.

Skutek ten zaistnieje m.in. w przypadku, gdy protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony. Hipotezą tego przepisu objęta jest sytuacja, gdy protest lub odwołanie zostały podpisane przez osobę nie mającą umocowania do wniesienia protestu lub odwołania. Możliwe są różnorodne uchybienia w zakresie reprezentacji. Odnotowuje się wady polegające na podpisaniu protestu lub odwołania, ewentualnie pełnomocnictwa do ich wniesienia w sposób sprzeczny ze sposobem reprezentacji wynikającym z KRS, ale również podpisanie protestu lub odwołania z przekroczeniem zakresu pełnomocnictwa.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 4 przedmiotowego rozporządzenia do odwołania należy bezwzględnie dołączyć pełnomocnictwo, jeżeli zostało udzielone. Treść tego pełnomocnictwa stanowi podstawę do ustalenia, czy nie zachodzą przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania. Ocenie zatem podlega pełnomocnictwo stanowiące załącznik do odwołania, jak i pełnomocnictwo znajdujące się w ofercie.

W orzecznictwie sądów okręgowych, zespołów arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej utrwalił się pogląd, iż pełnomocnictwo do wniesienia odwołania jest rodzajowym pełnomocnictwem prawa cywilnego materialnego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 grudnia 2002 r., sygn. akt V Ca 1820/02, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 stycznia 2003 r., sygn. akt V Ca 30/03, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 159/08). W tym miejscu warto przytoczyć stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku zaprezentowane w wyżej wskazanym wyroku, w którym wskazano, że „Sąd Okręgowy całkowicie aprobuje, przywołane również w

uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia zapatrywanie wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 grudnia 2002 r. wydanym w sprawie V Ca 1820/02, iż odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w sprawie o szacunkowej wartości zamówienia powyżej 30.000 euro jest czynnością przekraczającą zwykły zarząd.”

Wobec powyższego, podstawę prawną do udzielenia pełnomocnictwa do wniesienia odwołania stanowi art. 98 k.c., w myśl którego do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj. Przepisy k.c. nie definiują wprawdzie pojęcia pełnomocnictwa rodzajowego, jednakże jak stwierdził w wyroku z dnia 4 listopada 1998 r. Sąd Najwyższy (sygn. akt II CKN 866/97), pełnomocnictwo rodzajowe powinno określać rodzaj czynności prawnej objętej umocowaniem oraz jej przedmiot.

Z treści pełnomocnictwa z dnia 25 września 2009 r. do reprezentowania Konsorcjum (znajdującego się w ofercie) wynika, że uczestnik Konsorcjum Wojciech Stryczuła prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Usług Projektowych i Inwestycyjnych „PROJ-INVEST” Wojciech Stryczuła udzielił Józefowi D. Prezesowi Zarządu TATRAPOMA a.s. pełnomocnictwa do „reprezentowania w postępowaniu i podpisania umowy w sprawie zamówienia, a w szczególności do: złożenia i podpisania oferty, składania i podpisywania wszelkich oświadczeń, potwierdzenia za zgodność z oryginałem, złożenia i podpisania umowy”, z jednoczesnym wskazaniem, iż pełnomocnictwo dotyczy przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że z powyższego nie wynika upoważnienie do wniesienia odwołania. Co więcej, zakres pełnomocnictwa został ograniczony do postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego, zaś postępowanie odwoławcze w tych ramach się nie mieści. Dodatkowo wskazać należy, iż z przedmiotowego pełnomocnictwa nie wynika uprawnienie do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Wojciecha Stryczuli prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Usług Projektowych i Inwestycyjnych „PROJ-INVEST” Wojciech Stryczuła i TATRAPOMA a.s., które to Konsorcjum złożyło ofertę, jak również wniosło środki ochrony prawnej, a jedynie uprawnienie do działania w imieniu Wojciecha Stryczuli prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Usług Projektowych i Inwestycyjnych „PROJ-INVEST” Wojciech Stryczuła.

Wykonawca wnosząc odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest zobowiązany do jednoczesnego przekazania jego kopii Zamawiającemu, na mocy przepisu art. 184 ust. 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że warunek jednoczesnego przekazania kopii odwołania Zamawiającemu nie jest dotrzymany w sytuacji, jak ma to miejsce w badanym stanie faktycznym, gdy wykonawca złoży kopię odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jednocześnie z wniesieniem odwołania do

Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Słowo *przekazać* oznacza podać coś do czyjejsz wiadomości, powtórzyć czyjeś polecenie, słowa itp. (Nowy słownik języka polskiego, Warszawa 2002). Przekazanie wiadomości lub dokumentu zakłada więc dotarcie do adresata. Także cel przepisu zostanie spełniony jedynie w sytuacji, gdy zamawiający najpóźniej z upływem terminu przewidzianego na wniesienie odwołania uzyska wiedzę na temat skorzystania przez wykonawcę z tego środka prawnego. Zamawiający nie może pozostawać w stanie niepewności co do faktu, czy protest został ostatecznie rozstrzygnięty. Jest to również bardzo istotne z punktu widzenia wykonawcy, gdyż tylko wtedy może mieć pewność, że skutecznie powstrzymał zamawiającego przed podpisaniem umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, kopia odwołania winna dotrzeć do zamawiającego jednocześnie z wniesieniem odwołania. Warunek ten można uznać za zachowany, gdy kopia zostanie przesłana faksem. W badanym stanie faktycznym, Odwołujący się uchybił temu obowiązkowi, gdyż nie przekazał Zamawiającemu odwołania najpóźniej w dniu upływu terminu na jego wniesienie. Termin ten upływał 18 grudnia 2009 r. i w tym dniu została nadana w placówce pocztowej operatora publicznego również kopia odwołania, która dotarła do Zamawiającego, jak wynika z prezentaty umieszczonej na piśmie z dnia 18 grudnia 2009 r., dnia 21 grudnia 2009 r. (po terminie).

Stanowisko powyższe potwierdza również orzecznictwo. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) uznał, iż pierwszorzędą i priorytetową sprawą przy przekazaniu kopii odwołania zamawiającemu jest cel, jakim służyć ma ta czynność. Celem tym będzie jak najszybsze powzięcie przez zamawiającego wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. W ocenie Sądu o zachowaniu terminu na przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Sąd również wyraźnie stwierdził, że forma przekazania pisma poprzez nadanie w urzędzie pocztowym jest zastrzeżona wyłącznie dla czynności złożenia odwołania, natomiast dla powiadomienia zamawiającego o tej czynności poprzez przekazanie kopii odwołania forma ta nie została wprost przewidziana w przepisach ustawy, a zatem nie może być domniemywana.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 i 7 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, jak również w sytuacji, w której odwołujący się nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 3 i 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 z późn. zm.). Za uzasadnione koszty Zamawiającego Izba uznała koszty w wysokości 7700,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze 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 **Bielsku – Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*