

Sygn. akt: KIO 1554/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 3 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Poland S.A., Sygnity S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., 00-496 Warszawa, ul. Mysia 2,**

przy udziale zgłaszających przystąpienia po stronie zamawiającego:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ComArch S.A., ENERGO – MOC WZORCOWNIA Sp. z o.o., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a;**
- B. wykonawcy **Accenture Sp. z o.o., 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39;**
- C. wykonawcy **Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 1;**

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Poland S.A., Sygnity S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców**

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Poland S.A., Sygnity S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Poland S.A., Sygnity S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** na rzecz **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., 00-496 Warszawa, ul. Mysia 2** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu usług prawnych związanych z reprezentowaniem zamawiającego w postępowaniu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego - wykonawców występujący wspólnie: Asseco Poland S.A. - Pełnomocnik wykonawców z Rzeszowa oraz Sygnity S.A. z Warszawy w postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na „Budowę i wdrożenie Centralnego Systemu Obsługi i Rozliczeń Klientów (CSORK) w obszarze sprzedaży detalicznej oraz dystrybucji energetycznej GK PGE" (nr sprawy UW/30001120/2010), prowadzonym przez Zamawiającego - PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. działającą w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie oraz PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Przedmiotem odwołania jest zaniechanie przez Zamawiającego wykonania w sposób należyty czynności polegającej na poinformowaniu Odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, tj. zaniechanie dokonania czynności określonej przepisami art. 57 ust. 1 ustawy Pzp przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art.57 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 20 ust. 1, 2 i 3 Pzp polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego dokonania czynności dotyczącej poinformowania Odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków w sposób zgodny z prawem, tj. braku oświadczenia dokonanego przez osoby należycie umocowane do składania oświadczeń w imieniu Zamawiającego w rozumieniu przepisów art. 38 Kodeksu cywilnego w związku z art. 2 pkt. 3 i art. 14 Pzp oraz art. 373 § 1 kodeksu spółek handlowych pomimo wezwania do dokonania takiej czynności. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania w terminie do 7 dni od daty uprawomocnienia wyroku\_czynności polegającej na przekazaniu do Odwołującego informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na „Budowę i wdrożenie Centralnego Systemu Obsługi i Rozliczeń Klientów (CSORK) w obszarze sprzedaży detalicznej oraz dystrybucji energetycznej GK PGE" (nr sprawy UW/30001120/2010) i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zgodnie z wymogami określonymi w art.57 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu podał, że w dniu 11 kwietnia 2011 r. Przewodniczący Komisji Przetargowej przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu podpisaną przez siebie informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, która to Informacja nie spełnia wymogów formalnoprawnych i nie może być w pełni traktowana, jako stanowisko Zamawiającego w

przedmiocie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków oraz wykluczenia wnioskodawców z Przetargu i jako taka nie może wywoływać jakichkolwiek skutków w obrocie prawnym. Informacja została, bowiem podpisana wyłącznie przez Przewodniczącą Komisji Przetargowej a nie przez należycie umocowaną reprezentację Zamawiającego zgodnie z zapisami Statutu spółki Zamawiającego. Stwierdził także, że wymagane przez przepis art.57 ust. 1 ustawy Pzp poinformowanie wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków nie jest wyłącznie czynnością techniczną jak to kwalifikuje Zamawiający w swoim stanowisku zawartym w piśmie z dnia 11 lipca 2011r. Przewidziane przez ustawodawcę w ww. przepisie art.57 ust. 1 ustawy Pzp poinformowanie wykonawców przez zamawiającego jest czynnością złożoną, w której obok elementów czysto informacyjnych ( można uznać technicznych), opisujących dotychczasowe zdarzenia występują niewątpliwie elementy obejmujące oświadczenia woli Zamawiającego, w tym dopuszczające wykonawców ocenionych pozytywnie do dalszego etapu postępowania oraz wykluczające innych wykonawców z dalszego udziału w przetargu, a więc jest w tej części również czynnością prawną kształtującą stosunki prawne pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Odwołujący zwrócił także uwagę, że „decyzja kierownika zamawiającego nr DZ/48/2011 z dnia 08 kwietnia 2011 r.” (niezależnie od tego, czy jest to uchwała, zarządzenie czy decyzja Zarządu) jest aktem prawa wewnętrznego Zamawiającego i jako taka nie może w sposób bezpośredni kształtować stosunków zewnętrznych z osobami trzecimi, tj. w tym przypadku dopuszczać wykonawców do dalszego etapu przetargu lub wykluczać wykonawców, gdyż dla skutecznego zafunkcjonowania w obrocie prawnym tak podjętych decyzji przez kierownika Zamawiającego, niezbędnym jest dokonanie przez Zamawiającego stosownych oświadczeń woli kształtujących stosunki pomiędzy odrębnymi podmiotami uczestniczącymi w obrocie gospodarczym w wymaganej przepisami formie prawnej przez osoby należycie umocowane do wykonania takiej czynności. Odwołujący wskazał ponadto, że Informacja nie może być potraktowana, jako działanie Komisji w imieniu Zamawiającego. Zgodnie, bowiem z postanowieniami przepisu art. 20 ust. 3 Pzp, komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Propozycja komisji przetargowej nie może być równoznaczna z decyzją w tej sprawie wydaną przez Zamawiającego. Decyzje zamawiającego podejmuje organ zarządzający daną jednostką i uprawniony do jej reprezentowania tj. kierownik zamawiającego ( w tym przypadku Zarząd Zamawiającego) a nie komisja przetargowa, która stanowi jedynie zespół pomocniczy kierownika zamawiającego ( art. 20 ust. 1 Pzp). Wskazując na doktrynę stwierdził, że komisja przetargowa ocenia i wnioskuje, ale nie podejmuje decyzji i nie przekazuje tej decyzji do wykonawców, ponieważ kompetencje te stanowią uprawnienia kierownika zamawiającego i

komisja przetargowa nie posiada kompetencji do działania w imieniu Zamawiającego, a jedynie jest jego organem pomocniczym wykonującym czynności techniczne. Tym bardziej kompetencji takich nie może mieć Przewodniczący takiej Komisji Przetargowej. Wobec tego oświadczenia woli składane „na zewnątrz” zgodnie z art. 38 Kodeksu cywilnego w związku z art. 2 pkt. 3 i art. 14 Pzp powinny być dokonywane przez kierownika zamawiającego. Podkreślił także, że informacja z dnia 11 kwietnia 2011 r. w zakresie swojej treści jest niewątpliwie oświadczeniem kształtującym stosunki prawne skierowanym do zewnętrznych podmiotów trzecich, jednak z uwagi na wadliwą reprezentację Zamawiającego nie może wywołać jakichkolwiek skutków prawnych i w tym sensie jest „czynnością techniczną” Zamawiającego. Odwołujący zwrócił także uwagę, że działanie Przewodniczącego Komisji w zakresie przesłania Informacji nie może być traktowane, jako działanie pełnomocnika Zamawiającego. Zgodnie z niektórymi opiniami w doktrynie decyzja przewodniczącego komisji przetargowej w sprawie wykluczenia podmiotu z postępowania byłaby skuteczna tylko wówczas, gdyby zgodnie z art. 18 ust. 2 Pzp kierownik dokonał delegacji przysługujących mu w tym względzie kompetencji na rzecz pracownika pełniącego rolę przewodniczącego komisji przetargowej. Jednak, skoro przedmiotem delegacji kompetencji byłoby uprawnienie do działania w imieniu i na rzecz zamawiającego to takie upoważnienie musiałoby przybrać formę pełnomocnictwa, które w Informacji w ogóle nie zostało powołane ani ujawnione. Ponadto, aby działanie pełnomocnika wywołało skutki dla mocodawcy pełnomocnik musi wprost wskazać, iż w danej czynności działa w ramach udzielonego mu pełnomocnictwa i z zamiarem wywołania skutku bezpośrednio dla mocodawcy. W Informacji, tj. oświadczeniu Przewodniczącego Komisji Przetargowej z 11 kwietnia 2011r. brak jest takich stwierdzeń, co oznacza, że nawet gdyby udzielono mu pełnomocnictwa do dokonania takiej czynności to i tak jej skutki, w braku stosownych oświadczeń, nie odnosiłyby się ani do Zamawiających ani do wykonawców. Również z Protokołu postępowania nie wynika fakt udzielenia Kierownikowi Komisji Przetargowej szczególnych uprawnień w wyżej wskazanym zakresie. Z Protokołu wynika natomiast, że Zarząd Zamawiającego (PGE Polska Grupa Energetyczna S.A.) nie będzie działał bezpośrednio w postępowaniu i przekazał pisemne poważnienie do dokonania wszystkich czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego za wyjątkiem decyzji o unieważnieniu postępowania albo decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty trzem osobom fizycznym, przy czym pełnomocnictwo do działania tych osób jest pełnomocnictwem łącznym i nie przewiduje ono możliwości udzielania przez te osoby pełnomocnictw dalszych. Mając powyższe na uwadze Odwołujący wezwał Zamawiającego o prawidłowe przekazanie informacji w sprawie wyników oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków. Zamawiający odmówił przesłania ww. informacji, przesyłając pismo, w którym określił działania Przewodniczącego Komisji Przetargowej, jako działania stricte techniczne..

Odwołujący wskazał także, że zarzut przekroczenia terminu zgłaszania zarzutów kwestionujących formalną prawidłowość czynności dokonanej przez Przewodniczącego Komisji Przetargowej, zawarty w pkt. II pisma Zamawiającego z dnia 11 lipca 2011 r. jest całkowicie błędny. Zdaniem Odwołującego do dnia dzisiejszego Zamawiający w ogóle nie dokonał czynności określonej w przepisie art. 57 ust.1 Pzp, ponieważ oświadczenie Przewodniczącego Komisji Przetargowej z dnia 11 kwietnia 2011 DZ/UW/228/2011, jako złożone przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania Zamawiającego nie mogło wywołać przewidzianych ustawą skutków prawnych względem Odwołującego i innych wykonawców.

**Rozpoznając niniejsze odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Tak jak ustaliła Izba odwołanie dotyczy zaniechania przez Zamawiającego wykonania w sposób należyty czynności polegającej na poinformowaniu Odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, tj. zaniechanie dokonania czynności określonej przepisami art. 57 ust. 1 ustawy Pzp przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego. Zarzut ten wnoszący odwołanie wykonawca oparł na Informacji zawartej w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 r. podpisanej przez przewodniczącego komisji przetargowej oraz na wezwaniu z dnia 1 lipca 2011 r. skierowanym do Zamawiającego przez wykonawcę, w którym żądał doręczenia wyników oceny spełniania warunków wykonawcy, zgodnej z przepisami art. 18, art. 19 i art. 20 ustawy Pzp, a także na stanowisku Zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 11 lipca 2011 r.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że ustawa – Prawo zamówień publicznych nie daje podstaw kierowania do Zamawiającego wezwań w przedmiocie – jak w tym przypadku – doręczenia wykonawcy pozbawionej wad prawnych oceny spełniania warunków, pod rygorem wniesienia odwołania. Zgodnie, zatem z art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust.2 ustawy Pzp, albo w terminie 15 dni, jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 21 kwietnia 2011 r., albowiem sporną Informację wykonawca otrzymał drogą elektroniczną w dniu 11 kwietnia 2011 r. Na marginesie Izba stwierdza, że wskazana informacja z dnia 11 kwietnia 2011 r. była wykonaniem decyzji Zamawiającego w

przedmiocie oceny wniosków, albowiem we wstępie odwoływała się do decyzji Zamawiającego z dnia 08 kwietnia 2011 r. znak: DZ/48/2011. Tym samym Izba podziela pogląd Zamawiającego, że w tych okolicznościach faktycznych była ona czynnością techniczną, informującą o podjętych przez uprawnione osoby decyzjach.

Z uwagi na powyższe ustalenia Izba, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w związku z art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając zgodnie z § 3 pkt 2 lit b) rozporządzenia z dnia 15.03.2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

**Przewodniczący:** .....