

Sygn. akt: KIO/2414/10

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 17 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 listopada 2010 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2010 r. przez **Asseco Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Fundusz Zdrowia, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

1) **Innovation Technology Group S.A., ul. Wołowska 6, 51-116 Wrocław**

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

2) **ISCG Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 174, 02-486 Warszawa**

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Asseco Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Asseco Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Asseco Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa** na rzecz **Narodowy Fundusz Zdrowia, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Narodowy Fundusz Zdrowia w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Wdrożenie systemów: usług katalogowych, poczty elektronicznej i monitorowania, w strukturach systemów*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 5 czerwca 2010 r., pod nr: 2010/S 108-163958.

W postępowaniu tym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty firmy ISCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, o czym informacje przekazał wykonawcom w dniu 25 października 2010 r.

W związku z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wykonawca: Asseco Systems S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Odwołujący*”) w dniu 4 listopada 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w dniu 3 listopada 2010 r.

W dniu 5 listopada 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 3 listopada 2010 r. wykonawcy:

- Innovation Technology Group S.A., z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „*ITG*”) i
- ISCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*ISCG*”)

złożyli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego – pierwszy z wykonawców po stronie Odwołującego, drugi zaś po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, biorąc pod uwagę dyspozycję art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie odrzucić. Wskazany przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, iż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. W wykładni przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (wcześniej art.

187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp) powszechnie przyjmowanej w doktrynie i dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów, mieści się sytuacja, w której odwołanie jest podpisywane przez osoby nieumocowane do podejmowania czynności w imieniu wykonawcy składającego odwołanie. Środki ochrony prawnej, w tym odwołanie – stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - mogą składać przede wszystkim wykonawcy. Jeśli jednak w imieniu określonego podmiotu – wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp - odwołanie składane jest przez osoby nieprawidłowo umocowane do jego złożenia, stwierdzić bezwzględnie należy, że odwołanie zostało złożone - poprzez nieprawidłowe umocowanie - przez podmiot nieuprawniony.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej odwołanie w imieniu Asseco Systems S.A. z siedzibą w Warszawie zostało podpisane przez Pana Grzegorza Ciećwierza. Do odwołania dołączono dla wskazanej osoby pełnomocnictwo z dnia 28 września 2010 r. upoważniające Grzegorza Ciećwierza do reprezentowania i podpisywania w imieniu wskazanej spółki wszelkich dokumentów, jednakże w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Współpracę z Polskimi Liniami LOT w projekcie wdrożenia standardu PCO DSS” dla Zamawiającego, którym są Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie też w treści odwołania, w ramach wymienionych do odwołania załączników, wskazano, iż oryginał pełnomocnictwa znajduje się w postępowaniu w ofercie. Po okazaniu przez Zamawiającego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania oryginału oferty Odwołującego złożonej w niniejszym postępowaniu stwierdzono, że na str. 55 tej oferty zawarte jest pełnomocnictwo z dnia 22 czerwca 2010 r., udzielone przez dwóch członków zarządu Asseco Systems S.A., uprawnionych do łącznej reprezentacji Odwołującego dla Pana Grzegorza Ciećwierza. Pełnomocnictwo to upoważnia wskazaną osobę do: *„(...) reprezentowania Spółki w zakresie złożenia, negocjowania i podpisania oferty oraz podpisywania dokumentów za zgodność z oryginałem w postępowaniu na „Wdrożenie systemów: usług katalogowych, poczty elektronicznej i monitorowania, w strukturach systemów informatycznych NFZ i opieka serwisowa przez okres 12 miesięcy, rozpoczynający się od dnia podpisania protokołu odbioru kończącego Etap II projektu” dla Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa.”* W treści pełnomocnictwa dodatkowo wskazano, że jest ono ważne do dnia zakończenia ww. postępowania.

Izba stwierdziła, że załączone do oferty pełnomocnictwo zawiera w swej treści ograniczony katalog czynności, do dokonywania których Pan Grzegorz Ciećwierz był upoważniony w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez firmę Asseco Systems S.A. Były to enumeratywnie wymienione tam czynności:

- złożenia oferty,

- negocjowania oferty,
- podpisania oferty i
- podpisywania dokumentów za zgodność z oryginałem.

Wskazane pełnomocnictwo ma charakter zamknięty. Mocodawca udzielający go wskazał ściśle na konkretne czynności, które w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może podejmować się Pan Grzegorz Ciećwierz w imieniu i na rzecz Asseco Systems S.A. Odmiennej interpretacji treści tegoż pełnomocnictwa - również w świetle art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny i uwzględniając moment udzielenia pełnomocnictwa (w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) i jego dołączenie do treści oferty - byłaby nieuprawniona. Udzielone w tej mierze pełnomocnictwo w swej treści nie zawiera upoważnienia do składania środków ochrony prawnej. Idąc nawet o krok dalej stwierdzić należy, że pełnomocnictwo to nie upoważnia do podejmowania wszystkich czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (reprezentacji w całym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego). Niezależnie zatem od tego, czy składanie środków ochrony prawnej, w tym w szczególności złożenie odwołania należy traktować jako czynność podejmowaną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też w związku z tym, że zgodnie z nową definicją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartą w art. 7a ustawy Pzp postępowanie to kończy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zatem złożenie odwołania na tę czynność wymagałoby odrębnego umocowania - w niniejszej sprawie załączone do oferty pełnomocnictwo nie uprawniało do reprezentacji w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tylko upoważniało do dokonywania ściśle określonych w tym pełnomocnictwie czynności.

Jednocześnie też pełnomocnictwo, które zostało załączone do odwołania w żaden sposób jako nie dotyczące niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Narodowy Fundusz Zdrowia – nie upoważnia do złożenia odwołania przez Pana Grzegorza C. w imieniu Asseco SystemS S.A.

Izba też zwraca uwagę, że w niniejszej sprawie brak było podstaw do wzywania Odwołującego do uzupełniania braku pełnomocnictwa.

Izba podejmując rozstrzygnięcie o odrzuceniu odwołania stwierdziła, że nieuprawnionym było wzywanie Odwołującego do uzupełniania pełnomocnictwa - stosowanie do dyspozycji art. 187 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 187 ust. 7 ustawy Pzp. Czynności tej nie dokonywał, tak Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, wykonując czynności w oparciu o przepis art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, jak również Izba, wykonując czynności formalnoprawne i sprawdzające w trybie § 13 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr

48, poz. 280) w toku posiedzenia niejawnego bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, którego wynikiem było postanowienie Izby z dnia 10 listopada 2010 r. o skierowaniu odwołania do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron. Izba nie skorzystała z możliwości przewidzianej w tym zakresie przez art. 187 ust. 7 ustawy Pzp, tj. skierowania wezwania do uzupełniania braków odwołania na zasadach przysługujących Prezesowi Izby w trybie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp. Podstawą takiego zachowania Izby była dokonana w tym zakresie i przyjmowana przez Krajową Izbę Odwoławczą interpretacja przepisu art. 187 ust. 3 ustawy Pzp oraz będącego jego dopełnieniem art. 187 ust. 7 ustawy Pzp. Ze wskazanych przepisów wynika bowiem, że Prezes Izby, bądź - w przypadku stwierdzenia określonych braków odwołania przez Izbę – także skład orzekający Izby, wzywa odwołującego do uzupełnienia odwołania w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Przywołane przepisy określają też w sposób ścisły okoliczności, w których wezwanie do uzupełniania braków jest kierowane, wskazując wprost – w przypadku pełnomocnictwa – jego niezłożenie.

W przedmiotowej sprawie pełnomocnictwo zostało przez Odwołującego złożone wraz z odwołaniem. Inną kwestią jest okoliczność, iż dołączone pełnomocnictwo nie upoważniało osoby dokonującej czynności złożenia odwołania do dokonania tej czynności. W ocenie Izby przepis art. 187 ust. 3 ustawy Pzp oraz będący jego uzupełnieniem ust. 7 art. 187 ustawy Pzp – jako wyjątki od zasady – powinny być interpretowane ściśle. Jedynie zatem brak fizyczny pełnomocnictwa bądź innego dokumentu wskazującego na umocowanie osób dokonujących określonych czynności do działania w imieniu mocodawcy, mógłby stanowić podstawę do skierowania w tym zakresie wezwania do uzupełniania braku przez wykonawcę wnoszącego odwołanie. Nieprawidłowość pełnomocnictwa w zakresie umocowania określonej osoby (podmiotu) do wykonywania określonych czynności może natomiast stanowić podstawę formalnej oceny odwołania przez Izbę w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkującej uznaniem, że odwołanie zostało złożone przez podmiot nieuprawniony (art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Izba nie zgodziła się w tej mierze ze stanowiskiem Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, że w niniejszej sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1064 r. Kodeks postępowania cywilnego, oddalając wniosek o odroczenie posiedzenia w celu uzupełniania pełnomocnictwa. Zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego mają odpowiednie zastosowanie przepisy ustawy Kodeks postępowania cywilnego, jednakże w sytuacjach nie uregulowanych odrębnie w ustawie Pzp, a jeśli nawet to wyłącznie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym).

Okolicznością dodatkową w tej sprawie jest również to, że Odwołujący stawiając się na przeprowadzone w celu sprawdzenia okoliczności formalnych związanych ze złożeniem odwołania posiedzenie niejawne z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, nie przedłożył żadnego pełnomocnictwa, z którego wynikałoby umocowanie osoby podpisującej odwołanie w imieniu Asseco Systems S.A. do działania w imieniu i na rzecz tego wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. obciążyła kosztami postępowania Odwołującego, uwzględniając również w tym zakresie dyspozycję § 5 ust. 4 oraz ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 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) – zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty strony związane z wynagrodzeniem pełnomocnika, na podstawie przedłożonego w toku posiedzenia do akt sprawy rachunku.

**Przewodniczący:**

.....