

Sygn. akt: KIO/UZP 683/09

POSTANOWIENIE
z dnia 10 czerwca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Ewa Jankowska
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 9 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUMAR Sp. z o.o., 00-828 Warszawa, al. Jana Pawła II 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestu z dnia 5 maja 2009 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **BUMAR Sp. z o.o., 00-828 Warszawa, al. Jana Pawła II 11** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **BUMAR Sp. z o.o., 00-828 Warszawa, al. Jana Pawła II 11**;
- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUMAR Sp. z o.o., 00-828 Warszawa, al. Jana Pawła II 11**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Ministerstwo Finansów wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i instalację trzech przestawnych urządzeń rentgenowskich do prześwietlania pojazdów (pojazdów ciężarowych typu TIR) i kontenerów dla Polskiej Służby Celnej”. **21.04.2009 r.** zostało opublikowane ogłoszenie w Dz. Urz. UE nr 2009/S 76-109577 i na stronie internetowej zamawiającego WWW.mf.gov.pl.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwanej dalej Pzp.

05.05.2009 r. wykonawca Bumar sp. z o.o., 00-928 Warszawa, Al. Jana Pawła II 11. wniósł protest.

15.05.2009 r. zamawiający uznał protest w części dotyczącej pkt 2.2 i 3.2 tabeli szczegółowych wymagań funkcjonalno-technicznych, a oddalił protest dot. naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 i art. 29 ust. 2 Pzp w częściach:

- 1) (a) – zmniejszenia warunku wykazania się cyt. „co najmniej jedną dostawą w zakresie odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o łącznej wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł netto”, gdyż jest to poziom wynoszący około 50% wartości szacunkowej zamówienia;

- 2) (c) – zaniechania wymagania wyposażenia skanera w aparaturę pomiaru poziomu promieniowania gamma, rentgenowskiego, alfa, beta i neutronowego, gdyż pomiar ten będzie chronić obsługę skanera przed napromieniowaniem;
- 3) (d) – zwiększenia szybkości przejeżdżającego samochodu przez tunel kontrolny, gdyż mniejsza prędkość samochodu zwiększa jakość obrazu kontrolowanego pojazdu;
- 4) (e) zwiększenia mocy akceleratora, gdyż spowodowałoby to zwiększenie strefy zagrożenia napromieniowaniem, a optymalna jest moc w zakresie od 2,5-3,5 MeV;
- 5) (g) wydłużenia terminu dostawy ponad 5 miesięcy, gdyż wykonawca może równolegle prowadzić roboty budowlane w zakresie infrastruktury towarzyszącej i produkcji urządzenia, ponadto konieczność ustanowienia tak krótkiego terminu wynika z warunkiem sfinansowania zamówienia do końca roku kalendarzowego.

19.05.2009 r. wykonawca Agtes sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A przystąpił do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu. Przystępujący podtrzymał argumenty protestującego.

25.05.2009 r. wykonawca Bumar sp. z o.o., 00-928 Warszawa, Al. Jana Pawła II 11. wniósł odwołanie na:

- 1) (dot. ogłoszenia) naruszenie art. 43 Pzp ze względu na nieuwzględnienie czasu niezbędnego na przygotowanie oferty,
- 2) (dot. ogłoszenia) naruszenie art. 7 Pzp ze względu na zbyt krótki termin realizacji zamówienia, gdyż eliminuje możliwość zaoferowania skanerów Nuctech Company Ltd. w Pekinie i każde nowe wymaganie powoduje włożenie dodatkowego nakładu pracy;
- 3) (dot. specyfikacji 1) postawienie wygórowanego warunku wykazania się cyt. „co najmniej jedną dostawą w zakresie odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o łącznej wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł netto”, gdyż jest to zbyt wysoki poziom w porównaniu do poprzednich dostaw dla tego samego zamawiającego wynoszących kilka milionów zł;
- 4) (dot. specyfikacji 2) zaniechania wymagania wyposażenia skanera w aparaturę pomiaru poziomu promieniowania gamma, rentgenowskiego, alfa, beta i neutronowego, gdyż urządzenie będące przedmiotem zamówienia emituje tylko promieniowanie rentgenowskie, a bardziej uniwersalne czujniki są mniej dokładne;
- 5) (dot. specyfikacji 3) zwiększenia mocy akceleratora, gdyż skaner o wymaganej mocy w zakresie od 2,5-3,5 MeV nie jest w stanie rozróżnić wszystkich materiałów wymienionych przez zamawiającego;

- 6) (dot. specyfikacji 4) wydłużenia terminu dostawy na okres ponad 5 miesięcy, gdyż ma być zaoferowany produkt fabrycznie nowy więc termin ten powinien uwzględnić wyprodukowanie urządzenia, czas transportu oraz przygotowanie infrastruktury czy np. przyłączenia do mediów na miejscu posadowienia urządzeń.

05.06.2009 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, a więc podlega odrzuceniu, o czym stanowi art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp.

27.04.2009 r. wykonawca Bumar udzielił pełnomocnictwa wiceprezesom zarządu panom Dariuszowi Dębowczykowi i Zygmuntowi Szladze do m.in. wnoszenia protestów, odwołań i reprezentowania wykonawcy w sprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą. Jednak wnoszący odwołanie w imieniu wykonawcy, pan Zygmunt Szlaga załączył do odwołania tylko kopię pełnomocnictwa do składanego przez siebie odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem przez składającego odwołanie pana Zygmunta Szlagę.

Aby stwierdzić, czy odwołanie jest składane przez podmiot uprawniony konieczne jest aby ten dokument został podpisany przez osoby uprawnione do reprezentowania wnoszącego odwołanie i do odwołania musi być dołączony dokument, z którego wynika prawo do reprezentowania podmiotu. Lub do odwołania podpisanego przez inne osoby musi zostać dołączony oryginał pełnomocnictwa do złożenia odwołania podpisany przez osoby uprawnione do reprezentowania wnoszącego odwołanie i w związku z tym również musi być dołączony dokument, z którego wynika prawo do reprezentowania podmiotu. Zamiast oryginału pełnomocnictwa można złożyć kopię tego dokumentu potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez notariusza.

Skład orzekający Izby stwierdza, że – zgodnie z art. 184 ust. 6 Pzp – do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli nie stanowi inaczej ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Dlatego nie można stosować w postępowaniu odwoławczym całości unormowań Kodeksu postępowania cywilnego, a tylko – zgodnie z wolą ustawodawcy – przepisy o sędzie polubownym i, zgodnie z tym zakresem przedmiotowym, można te przepisy stosować tylko do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Samo wniesienie odwołania musi być złożone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a nie do Krajowej Izby Odwoławczej, dlatego na tym etapie postępowania nie można stosować w żaden sposób innych przepisów niż przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz – na podstawie art. 14 Pzp –

przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli nie stanowią inaczej przepisy Prawa zamówień publicznych.

Nie ulega kwestii, że do wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołania nie zostało dołączone pełnomocnictwo we właściwej formie. Nie może tego faktu zmienić dołączenie właściwego pełnomocnictwa do samej oferty, gdyż zamawiający, będący adresatem oferty, i Prezes Urzędu Zamówień Publicznych będący adresatem odwołania są innymi podmiotami. Umocowany musi przed każdym podmiotem wylegitymować się właściwym pełnomocnictwem, złożonym we właściwej formie. Jak stwierdza Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 27 sierpnia 2008 r., sygn. akt. V CA 1500/08 cyt.: >>Z kolei uchybienia co do formy pełnomocnictwa na etapie postępowań odwoławczych stanowią braki nieusuwalne. Braków tych nie można więc w późniejszym terminie uzupełnić, ani tym bardziej „sanować”.<<. Dlatego złożenie na posiedzeniu oryginału pełnomocnictwa przez odwołującego nie może sanować sytuacji i Izba nie może uznać odwołania za wniesionego przez podmiot uprawniony. Szczególnie, że Krajowa Izba Odwoławcza jest innym podmiotem niż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Ponadto skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że art. 26 ust. 3 Pzp odnosi się tylko do działań zamawiającego cyt. „Zamawiający wzywa wykonawców [...]” na etapie badania ofert cyt. „[...]chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania [...]”, a więc nie ma zastosowania do środków ochrony prawnej i dlatego również na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie można dopuścić do stworzenia możliwości uzupełniania pełnomocnictwa przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Skoro w rozpoznawanej sprawie pełnomocnictwo do wniesienia odwołania nie zostało złożone w sposób prawidłowy, to należy uznać, iż odwołanie zostało wniesione przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania odwołującego.

W związku z powyższym – zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp – Izba odrzuca odwołanie, stwierdzając, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....