

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 23 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 23 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

**Arcus S.A. ul. Miła 2, 00-180 Warszawa,**

**Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa oraz**

**Prima Telecom Sp. z o.o. ul. Wołodyjowskiego 59, 02-724 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

protestu z dnia 23 marca 2009 r.

przy udziale

**1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia**

**Makronet Sp. z o.o. al. Bohaterów Września 9/115, 02-389 Warszawa**

**oraz Zeto Rzeszów Sp. z o.o. ul. Rajtana 55, 35-326 Rzeszów**

**2. Comarch S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Arcus S.A. ul. Miła 2, 00-180 Warszawa, Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa oraz Prima Telecom Sp. z o.o. ul. Wołodyjowskiego 59, 02-724 Warszawa 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 uiszczanego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Arcus S.A. ul. Miła 2, 00-180 Warszawa, Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa oraz Prima Telecom Sp. z o.o. ul. Wołodyjowskiego 59, 02-724 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Arcus S.A. ul. Miła 2, 00-180 Warszawa, Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa oraz Prima Telecom Sp. z o.o. ul. Wołodyjowskiego 59, 02-724 Warszawa**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę w 2009 roku sprzętu komputerowego, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów 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), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 grudnia 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 249–332496. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 4.000.000 zł, tj. 1.031.698,95 euro.

Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych: dla zadania nr 1 – dostawa zestawów komputerowych stacjonarnych wraz z monitorami LCD, urządzeniami UPS, myszkami i klawiaturami oraz notebooków oraz zadania nr 2 – dostawa drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych.

12 marca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą dla zadania nr 1 uznał ofertę złożoną przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Makronet Sp. z o.o. i Zeto Rzeszów Sp. z o.o. zwanych dalej „Konsorcjum Makronet”, natomiast dla zadania nr 2 – ComArch S.A.

23 marca 2009 r. Arcus S.A. wniosła protest na wybór tych ofert zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 3, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosząc o: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert, wykluczenie z postępowania „Konsorcjum Makronet” oraz ComArch S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych lub ewentualnie odrzucenie ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

23 marca 2009 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, w wyniku czego 25 marca 2009 r. do postępowania przystąpiła ComArch S.A., a 26 marca 2009 r. „Konsorcjum Makronet”.

Zamawiający rozstrzygnął protest 30 marca 2009 r. odrzucając go w zakresie zadania nr 1 na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony oraz oddalając w zakresie zadania nr 2 jako bezzasadny, o czym powiadomił wykonawców tego samego dnia.

Podstawą odrzucenia było to, iż Protestujący – Arcus S.A. nie złożył oferty dla zadania nr 1. W tym zadaniu ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Lumena S.A., Prima Telecom Sp. z o.o. oraz Arcus S.A. Natomiast w zadaniu nr 2 Protestujący – Arcus S.A. złożył ofertę

samodzielnie. Ani z komparycji protestu, ani z jego uzasadnienia nie wynika, iż protest w zakresie zadania nr 1 wnoszony jest w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, lecz wniesiony został jedynie w imieniu Arcus S.A., a co za tym idzie – przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający „z ostrożności” również oddalił protest dla tego zadania ze względu na bezzasadność zarzutów.

Dla zadania nr 2 Protestujący natomiast, zdaniem Zamawiającego, nie posiada interesu prawnego w kwestionowaniu oferty złożonej przez ComArch S.A. bowiem zaoferowana przez niego cena przekracza możliwości finansowe Zamawiającego na realizację tego zadania, a zatem Arcus S.A. i tak nie ma możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający uznał także, że zaoferowane przez ComArch S.A. posiadają wymagane funkcje i parametry. Zamawiający wezwał bowiem ComArch S.A. do złożenia wyjaśnień, a ComArch S.A. potwierdziła zgodność zaoferowanych urządzeń z wymaganiami postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dołączając na potwierdzenie swojej wiarygodności oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta sprzętu – Lexmark International Polska sp. z o.o. Protestujący natomiast nie przedstawił dowodów na to, że ComArch S.A. oraz Lexmark poświadczyły nieprawdę, a tym samym wprowadziły Zamawiającego w błąd.

9 kwietnia 2009 r. Odwołujący – wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Arcus S.A., Lumena S.A. oraz Prima Telecom Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 9 kwietnia 2009 r.) odwołanie od rozstrzygnięcia protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 3 oraz art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz żądając nakazania Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonania ponownej oceny ofert,
3. wykluczenia z postępowania konsorcjum spółek Makronet Sp. z o.o. i Zeto Rzeszów Sp. z o.o. oraz ComArch S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

4. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert obu ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;

5. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie przyjął, iż w zakresie zadania nr 1 protest został złożony wyłącznie w imieniu Arcus S.A., a nie w imieniu wszystkich podmiotów wchodzących w skład „Konsorcjum Arcus”. Zgodnie bowiem z treścią pełnomocnictwa konsorcjalnego z 29 stycznia 2009 r. Arcus S.A. została ustanowiona pełnomocnikiem do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i umocowana m.in. do wnoszenia w imieniu podmiotów wchodzących w skład „Konsorcjum Arcus” środków ochrony prawnej. W ramach zadania nr 1 Arcus S.A. nie ubiega się samodzielnie o udzielenie jej zamówienia publicznego, ale działa w ramach konsorcjum – jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, ustanowionej przez określone podmioty w celu wspólnego uzyskania i realizacji zamówienia. Zatem Arcus S.A. bezsprzecznie wniosła protest w imieniu wszystkich podmiotów będących członkami „Konsorcjum Arcus” oraz była do tego umocowana. Oceny tej nie może zmienić sposób sformułowania komparycji protestu, gdyż ma on wyłącznie charakter techniczny i pomocniczy, więc nie może być podstawą do dokonywania przez Zamawiającego wiążących czynności formalnych w toku postępowania.

Zatem odrzucenie protestu było nieuzasadnione i naruszało art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do braku interesu prawnego Odwołujący stwierdził, iż dla zadania nr 1 Zamawiający wybrał ofertę „Konsorcjum Makronet” o wartości wyższej niż kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w tym zakresie. Zatem Zamawiający faktycznie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę wyższą niż podana przed otwarciem ofert.

Pozostałe zarzuty odwołania zostały pominięte jako nieistotne dla rozstrzygnięcia.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń złożonych podczas posiedzenia Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przy wykonawcach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia status wykonawcy przysługuje wszystkim tym wykonawcom wspólnie, a nie każdemu z nich, a zatem także środki ochrony prawnej nie mogą być wnoszone przez poszczególnych „konsorcjantów” pojedynczo, lecz wszystkich wspólnie.

Wynika to z definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiednio stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy, natomiast wykonawcą jest podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego lub złożył ofertę. W niniejszym postępowaniu dla zadania nr 1 wykonawcą jest „Konsorcjum Arcus”, a dla zadania nr 2 – Arcus S.A.

Jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie można również uznać za „inną osobę” uprawnioną do wniesienia środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które to pojęcie jest przypisywane głównie przedsiębiorcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, którzy nie stali się wykonawcami ze względu na to, że zostali przez zamawiającego pozbawieni możliwości udziału w postępowaniu – nie zostali jego uczestnikami np. ze względu na zastosowaną zamkniętą procedurę udzielenia tego zamówienia, brak ogłoszenia o zamówieniu lub jego sformułowanie utrudniające albo uniemożliwiające wzięcie udziału w postępowaniu, względnie powodujące taki skutek sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tak np. J. Baehr, T. Czajkowski i inni *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III 2007

str. 506, P. Granecki *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2007 str. 400).

Kwestia ta nie jest sporna między Stronami – przedmiotem sporu jest, w czym imieniu został złożony protest i odwołanie.

Jak wynika z treści protestu wniesionego do Zamawiającego 23 marca 2009 r. (pismo datowane na 20 marca 2009 r.) protestującym jest Arcus S.A. Wynika to zarówno z nagłówka pisma (określenie Protestującego), jak i wstępu: „działając w imieniu Protestującego – spółki Arcus SA z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) niniejszym składamy protest na...”.

Natomiast odwołanie zostało wniesione przez wspólnie występujące podmioty: Arcus S.A., Lumena S.A. oraz Prima Telecom Sp. z o.o.

Oba dokumenty zostały podpisane przez panów Mariusza B. oraz Konrada K. – członków zarządu Arcus S.A.

Zgodnie z pełnomocnictwem z 29 stycznia 2009 r. udzielonym przez spółki Arcus S.A., Lumena S.A. oraz Prima Telecom Sp. z o.o. spółka Arcus S.A. została ustanowiona pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do reprezentowania wykonawców występujących wspólnie, jak również każdego z nich z osobna, w przedmiotowym postępowaniu. Pełnomocnictwo to umocowało pełnomocnika również do wnoszenia środków ochrony prawnej (protestu, odwołania i skargi). Fakt ten nie jest sporny między Stronami.

W przedmiotowym postępowaniu nastąpiła jednak dodatkowa okoliczność – ze względu na możliwość składania ofert częściowych Arcus S.A. wystąpiła w podwójnym charakterze – jako jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dla zadania nr 1 oraz samodzielnie składający ofertę dla zadania nr 2.

Tak więc w postępowaniu tym członkowie zarządu Arcus S.A. mogli występować bądź jako organ osoby prawnej, bądź jako pełnomocnik „Konsorcjum Arcus”.

Co prawda ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje kwestii działania pełnomocnika, jednak odsyła do kodeksu cywilnego (art. 14 ustawy Prawo zamówień Publicznych). W doktrynie prawa cywilnego natomiast istnieje ustalony pogląd, iż *czynność prawna dokonana przez przedstawiciela tylko wtedy wywoła skutki prawne bezpośrednio w sferze reprezentowanego, gdy przedstawiciel działa w imieniu reprezentowanego. To jego nastawienie może być ujawnione w sposób wyraźny lub dorozumiany. Z zachowania przedstawiciela musi wynikać rola, w jakiej on występuje. Zasada jawności działania w charakterze przedstawiciela ma dwie strony: po pierwsze – oznacza oczekiwanie, iż przedstawiciel, dokonując czynności prawnej, ujawni, że działa w cudzym imieniu, po drugie zaś – oznacza wymaganie wskazania osoby, w imieniu której działa. Owo wskazanie może również nastąpić w sposób wyraźny lub dorozumiany. Przedstawiciel nie musi więc wymieniać z imienia i nazwiska osoby, w imieniu której działa, lecz wystarczy, że osoba ta jest dla osoby trzeciej (kontrahenta przedstawiciela) rozpoznawalna w świetle zachowania się przedstawiciela lub dzięki kontekstowi sytuacyjnemu, w którym to zachowanie następuje, zarazem zaś z okoliczności tych wynika, iż czynność prawna dokonana jest w imieniu owej osoby (reprezentowanego). Najczęściej podawane przykłady to ekspedienci w sklepach, osoby obsługujące kasy biletowe przewoźników, kin, teatrów lub stadionów. Kontekst sytuacyjny wyklucza w tych przypadkach działanie przez osoby, o które chodzi, we własnym imieniu. (...) W razie zatajenia przez „przedstawiciela” wobec osoby trzeciej tego, iż działa on w imieniu reprezentowanego, skutki dokonanej przez niego czynności prawnej nastąpią w jego sferze prawnej, a nie w sferze prawnej reprezentowanego. Wystąpi on wówczas w roli zastępcy pośredniego.* (cytat z: „System prawa prywatnego. T.2. Prawo cywilne – część ogólna” pod red. Zbigniewa Radwańskiego C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN Warszawa 2008 str. 505)

W przypadku niniejszego protestu panowie Konrad K. i Mariusz B. nie ujawnili, iż działają w imieniu mocodawcy, przeciwnie – wyraźnie podkreślili, iż działają w imieniu Arcus S.A. Tym samym nie można uznać, iż fakt, że Arcus S.A. działała w zadaniu nr 1 jako



pełnomocnik, a w zadaniu nr 2 we własnym imieniu była dla odbiorcy zachowania – Zamawiającego jednoznacznie rozpoznawalna w świetle zachowania się przedstawiciela, a kontekst sytuacyjny wykluczał działanie we własnym imieniu. Bowiem nawet w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez poszczególne podmioty może zdarzyć się, iż podmioty te przejawiają swoją wolę samodzielnie. Również w przedmiotowym przypadku spółki Lumena S.A. oraz Prima Telecom Sp. z o.o. mogły nie być zainteresowane wniesieniem protestu i pełnomocnik, wiedząc o tym, nie działał w imieniu mocodawcy, lecz swoim własnym.

Odwołujący w odwołaniu podkreślał, iż zaistniała sytuacja wynikała z błędu w wyrażeniu woli, jednak, w ocenie Izby, jako że jest to czynność jednostronna, nie można zastosować tu zasady interpretacji wynikającej z art. 65 § 2 kodeksu cywilnego stawiającej zamiar strony ponad jego zewnętrzny przejaw. Również posługując się wykładnią interpretacyjną zawartą w art. 65 § 1 kodeksu cywilnego nie można osiągnąć rezultatu wskazanego przez Odwołującego, gdyż okoliczności nie wskazują jednoznacznie i wyłącznie na jeden z możliwych kierunków rozumienia działania Arcus S.A. (występującej bądź jako członek „Konsorcjum Arcus”, bądź jako samodzielny wykonawca), zwłaszcza biorąc pod uwagę powyżej przytoczone stanowisko dotyczące konieczności ujawnienia mocodawcy dla skuteczności działania pełnomocnika.

Tak więc w niniejszej sytuacji – wobec nieujawnienia mocodawcy – oświadczenie Arcus S.A. nie wywarło skutków prawnych w sferze prawnej spółek Lumena S.A. oraz Prima Telecom Sp. z o.o., a więc wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym nie można uznać, że protest złożyło „Konsorcjum Arcus”. W związku z powyższym niniejsze odwołanie nie zostało poprzedzone protestem, podlega więc odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym, w związku z faktem, iż „Konsorcjum Arcus” nie złożyło oferty dla zadania nr 2 należy uznać, że odwołanie w tym zakresie jest wniesione przez podmiot nieuprawniony i podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ odwołanie zostało

wniesione w imieniu „Konsorcjum Arcus”, a więc mocodawcy, nie wywołuje ono skutku dla samej Arcus S.A., a więc nie można jej uznać za odwołującego w niniejszej sprawie. Wynika to z charakteru instytucji pełnomocnictwa i wyraźnie zostało wskazane w art. 95 § 2 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego, a nie dla pełnomocnika.

Analogicznie Arcus S.A. działające jako samodzielny wykonawca nie było podmiotem uprawnionym do złożenia protestu dla zadania nr 1, zatem odwołanie podlega odrzuceniu w tym zakresie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie dla Warszawy – Pragi.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....