

Sygn. akt: KIO/UZP 1238/08

POSTANOWIENIE
z dnia 18 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Kuciak
Członkowie:	Marek Koleśnikow
	Emil Kuriata
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 13 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: BAM Deutschland AG (Lider), HBM STADIEN-UND SPORTSTÄTTENBAU GmbH, KEM Sp. z o.o., ERBUD S.A., BAM Polska Sp. z o.o.; Monchenhalderstrasse 26, 70-191 Stuttgart – Niemcy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasta Gdańska, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk** protestu z dnia 8 października 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum: HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., Warbud S.A., HOCHTIEF Construction AG; Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: BAM Deutschland AG (Lider), HBM STADIEN-UND SPORTSTÄTTENBAU GmbH, KEM Sp. z o.o., ERBUD S.A., BAM Polska Sp. z o.o.; Monchenhalderstrasse 26, 70-191 Stuttgart – Niemcy

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 1354 zł 66 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: BAM Deutschland AG (Lider), HBM STADIEN-UND SPORTSTÄTTENBAU GmbH, KEM Sp. z o.o., ERBUD S.A., BAM Polska Sp. z o.o.; Monchenhalderstrasse 26, 70-191 Stuttgart – Niemcy,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: BAM Deutschland AG (Lider), HBM STADIEN-UND SPORTSTÄTTENBAU GmbH, KEM Sp. z o.o., ERBUD S.A., BAM Polska Sp. z o.o.; Monchenhalderstrasse 26, 70-191 Stuttgart – Niemcy** na rzecz **Gminy Miasta Gdańska, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 38 645 zł 34 gr (słownie: trzydzieści osiem tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści cztery grosze) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: BAM Deutschland AG (Lider), HBM STADIEN-UND SPORTSTÄTTENBAU GmbH, KEM Sp. z o.o., ERBUD S.A., BAM Polska Sp. z o.o.; Monchenhalderstrasse 26, 70-191 Stuttgart – Niemcy.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Gmina Miasta Gdańska prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Drugi etap robot budowlanych dotyczących budowy Areny Bałtyckiej – stadionu piłkarskiego w Gdańsku Letnicy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 4 lipca 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 128-169919.

Pismem z dnia 1 października 2008 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania. Dnia 8 października 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec przedmiotowej czynności Zamawiającego, a następnie na skutek oddalenia protestu (pismo z dnia 17 października 2008 r.), wniósł dnia 22 października 2008 r., odwołanie.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na posiedzeniu, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie zostało wniesione przez radcę prawnego dr Mirosława B., który został umocowany do przedmiotowej czynności przez p. Guntera G. (pełnomocnictwo z dnia 21 października 2008 r.). Zaś jak wyjaśnił na rozprawie pełnomocnik Odwołującego się, p. Gunter G. wywodzi swoje uprawnienie do ustanowienia pełnomocnika w przedmiotowym zakresie, z treści pełnomocnictw udzielonych przez członków odwołującego się Konsorcjum, które stanowią załączniki do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (str. 9-19). Z treści przedmiotowych pełnomocnictw wynika, że p. Gunter G. został upoważniony do „reprezentowania Mocodawcy jako Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w niżej wymienionych czynnościach i upoważnia go do: zaciągania zobowiązania, podpisania i złożenia oferty (w tym dokonywania i nanoszenia poprawek), uzupełnień i wyjaśnień do niej, dokumentów i oświadczeń w tym do poświadczania wszystkich dokumentów za zgodność z oryginałem oraz podejmowania wszelkich czynności prawnych i merytorycznych wpływających z uczestnictwa Mocodawcy w przetargu ogłoszonym przez: Gminę Miasta Gdańska (...) na: „Drugi etap robót budowlanych dotyczących budowy Areny Bałtyckiej – Stadionu piłkarskiego w Gdańsku Letnicy”.

Na posiedzeniu niejawnym, w trybie art. 187 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej ustawa 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 z późn. zm.), dalej Rozporządzenie, 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.

Stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny. Wobec braku przepisów szczególnych należy w tym zakresie sięgnąć do regulacji ustawy Kodeks cywilny (Dz. U. z 1963 r., nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Stanowisko takie potwierdził również Sąd Okręgowy w Legnicy w orzeczeniu z dnia 3 listopada 2004 r. (sygn. akt II Ca 570/04 niepubl.), stwierdzając, że w tej kwestii znajduje zastosowanie art. 14 ustawy Pzp, odsyłający w zakresie nieuregulowanym ustawą do przepisów Kodeksu cywilnego, a więc do zasad określonych w art. 98 k.c i następnych. Przepis ten stanowi, że „pełnomocnictwo ogólne obejmuje umocowanie do czynności zwykłego zarządu. Do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj, chyba że ustawa wymaga pełnomocnictwa do poszczególnej czynności”. Pogląd, iż do wnoszenia środków ochrony prawnej w zakresie zamówień publicznych konieczne jest pełnomocnictwo rodzajowe lub szczególne, został utrwalony także w doktrynie i orzecznictwie sądowym. W wyroku z dnia 13 grudnia 2002 r. wydanym w sprawie o sygn. akt V Ca 1820/02 Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, że odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w sprawie o szacunkowej wartości zamówienia powyżej 30 tys. Euro jest czynnością przekraczającą zwykły zarząd. Tak również wypowiedział się Sąd Okręgowy w Legnicy w powoływanym orzeczeniu, jak również Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 10 czerwca 2008 r. (sygn. akt XII Ga 159/08). Krajowa Izba Odwoławcza stoi również na stanowisku, że wniesienie odwołania stanowi czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu i wymaga pełnomocnictwa rodzajowego.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 1998 r. (sygn. akt II CKN-866/97) pełnomocnictwo rodzajowe powinno w sposób wyraźny określać rodzaj czynności prawnej objętej umocowaniem oraz jej przedmiot. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 20 listopada 2000 r. (sygn. akt I ACa 828/00; OSA 2001/5/29) stwierdził, że „Pełnomocnictwo rodzajowe winno określać rodzaj czynności do dokonania których pełnomocnik jest upoważniony. Winno zatem określać rodzaj czynności prawnych, które pełnomocnik może dokonać. Nie wystarczy podanie przedmiotu objętego umocowaniem”.

W badanym stanie faktycznym, pełnomocnictwo, na podstawie którego zostało wniesione odwołanie upoważnia w istocie do przedmiotowej czynności, jednakże należy zwrócić uwagę, że pierwotnie umocowany, który udzielił dalszego, przedmiotowego pełnomocnictwa, nie był do tej czynności umocowany. Powyższe twierdzenie uzasadniają następujące okoliczności: po pierwsze, p. Gunter G. został upoważniony do podejmowania wszelkich czynności (bez wskazania rodzaju czynności) w przetargu, po drugie, brak umocowania do udzielania dalszych pełnomocnictw. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż działanie pełnomocnika w osobie p. Guntera G. może dotyczyć jedynie czynności podejmowanych w toku przetargu. Na powyższe wskazują również inne postanowienie przedmiotowego pełnomocnictwa, zgodnie z którym „pełnomocnictwo nabywa ważności i

staje się obowiązującym z chwilą jego podpisania i jest ważne przez okres trwania procedury przetargowej”. W ten sam sposób rozumie treść przedmiotowego pełnomocnictwa również sam umocowany, oświadczając, iż „ja niżej podpisany niniejszym wyrażam zgodę na pełnienie funkcji Pełnomocnika przy realizacji zadania pn. „Drugi etap robót budowlanych dotyczących budowy Areny Bałtyckiej – Stadionu piłkarskiego w Gdańsku Letnicy”. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, w tych okolicznościach, nie ulega wątpliwości, że p. Gunter G. przekroczył zakres swojego umocowania, nie sposób bowiem również uznać, że w zakresie czynności wypływających z uczestnictwa w przetargu, mieści się czynność do wniesienia odwołania. Postępowanie odwoławcze jest odrębnym postępowaniem od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w żadnym razie nie jest jego elementem. Nie ulega zaś wątpliwości, że pełnomocnik może udzielić dalszego pełnomocnictwa jedynie w zakresie swojego umocowania. Zgodnie bowiem z przepisem art. 104 Kodeksu cywilnego, jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Drugi aspekt świadczący o wadliwości przedmiotowego pełnomocnictwa zasadza się na tym, iż wbrew regulacji przepisu art. 106 Kodeksu cywilnego, p. Gunter G. ustanowił innych pełnomocników, podczas gdy umocowanie takie nie wynikało z treści pełnomocnictwa.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, iż uczestnicy Konsorcjum zdawali sobie sprawę z konieczności posiadania pełnomocnictwa rodzajowego w celu wniesienia odwołania i z istoty rodzajowości oraz potrzeby posiadania uprawnienia do ustanawiania pełnomocników substytucyjnych. Potwierdza to pełnomocnictwo z dnia 4 sierpnia 2008 r., stanowiące załącznik do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (str. 5), a w oparciu o które został wniesiony protest. Jednakże, gdyby nawet przyjąć, że to pełnomocnictwo było podstawą czynności dokonywanych przez p. Guntera G., to i tak nie zmieni to rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia odwołania, bowiem z treści analizowanego pełnomocnictwa wynika, że uczestnicy odwołującego się Konsorcjum ustanowili pełnomocnikiem BAM Deutschland AG. Zaś na podstawie wyciągu z Rejestru Handlowego tej Spółki można stwierdzić, iż p. Gunter G. jest jej prokurentem, z zastrzeżeniem, że prokura ma charakter łączny.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stoi na stanowisku, że odpowiednia reprezentacja dotyczy wszystkich środków ochrony prawnej. Istotne jest nie tylko to, kto jest uprawniony, ale także jaki jest zakres tego umocowania.

Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony. Z powołanych przyczyn odwołanie nie podlegało rozpoznaniu, na podstawie § 17 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 3 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 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.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 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 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*