

Sygn. akt KIO/UZP 518/10

POSTANOWIENIE
z dnia 15 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 13 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mo-BRUK J. Mokrzycki Sp. k., Bojan-Road Sp. z o.o., P.P.H. Budimex Sp. z o.o., ul. Korzenna 214, 33-322 Korzenna** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Starostwo Powiatowe w Zawierciu, ul. Sienkiewicza 34, 42-400 Zawiercie** protestu z dnia 3 marca 2010 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mo-BRUK J. Mokrzycki Sp. k., Bojan-Road Sp. z o.o., P.P.H. Budimex Sp. z o.o., ul. Korzenna 214, 33-322 Korzenna** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mo-BRUK J. Mokrzycki Sp. k., Bojan-Road Sp. z o.o., P.P.H. Budimex Sp. z o.o., ul. Korzenna 214, 33-322 Korzenna,**
- ~~2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,~~
- 3) dokonać zwrotu kwoty **17 778 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mo-BRUK J. Mokrzycki Sp. k., Bojan-Road Sp. z o.o., P.P.H. Budimex Sp. z o.o., ul. Korzenna 214, 33-322 Korzenna.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Starostwo Powiatowe w Zawierciu, ul. Sienkiewicza 34, 42-400 Zawiercie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Likwidację zagrożeń środowiskowych spowodowanych zaleganiem odpadów zawierających azbest na terenie gminy Ogrodzieniec*”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 grudnia 2009 r. pod numerem 2009/S 249-358250.

Dnia 26 lutego 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny złożonych wniosków wskazując, iż wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mo-BRUK J. Mokrzycki Sp. k., Bojan-Road Sp. z o.o., P.P.H. Budimex Sp. z o.o., ul. Korzenna 214, 33-322 Korzenna (zwane dalej konsorcjum Mo-Bruk), z uwagi na fakt, iż konsorcjum Mo-Bruk nie spełniło wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. wymogu określonego w sekcji III.2.3 lit. a i sekcji III.2.1 pkt III.

Dnia 3 marca 2010 roku konsorcjum Mo-Bruk wniosło do Zamawiającego protest, wobec czynności Zamawiającego, tj. czynności wykluczenia z postępowania przetargowego, pomimo spełnienia warunków określonych w Sekcji III.2.3) lit. a) i Sekcji III.2.1) pkt. III. i Sekcji VI.3 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1 i 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 - 3, art. 29 ust. 1, art. 51 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz art. 65 § 1 i § 2 w zw. z art. 60 i art. 96 ustawy Kodeks cywilny, przez nieuprawnione zakwestionowanie jednoznacznej woli mocodawców tj. uczestników konsorcjum ustanawiających zgodnie z powołanymi przepisami kodeksu cywilnego pełnomocnika Józefa Mokrzyckiego i uznanie, że złożona oferta nie może być traktowana, jako oferta konsorcjum a jedynie, jako oferta firmy „Mo-BRUK” J. Mokrzycki Spółka komandytowa.

Protestujący żądał uchylenia lub unieważnienia czynności wykluczenia protestującego, które zawarte jest w informacji Zamawiającego z dnia 26 lutego 2010 r. i dopuszczenie

protestującego oraz uznanie, iż protestujący spełnia warunki do udziału w przedmiotowym postępowaniu i zaproszenie go do złożenia oferty.

Dnia 18 marca 2010 roku Zamawiający protest oddalił.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 26 marca 2010 roku wniósł, do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał argumentację i ponowił zarzuty jak w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby protest wniesiony przez konsorcjum Mo-Bruk został wniesiony przez podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przedmiotowy wniosek złożyło konsorcjum firm/wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, w następującym składzie:

- 1) Mo-Bruk J. Mokrzycki spółka komandytowa, 33-322 Korzenna 214, pow. Nowy Sącz,
- 2) Bojan-Road sp. z o.o., 01-141 Warszawa, ul. Wolska 84/86,
- 3) P.P.H. Budmex sp. z o.o., 33-300 Nowy Sącz, ul. Magazynowa 2.

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konsorcjum Mo-Bruk dołączyło umowę konsorcjum, zawartą w dniu 22 stycznia 2010 roku, pomiędzy w/w podmiotami.

Umowa powyższa, w swojej treści regulowała stosunki między podmiotami, w tym m.in., cyt. „*W celu prowadzenia efektywniejszej działalności gospodarczej, niżej wymienione przedsiębiorstwa powołują konsorcjum(...). Strony niniejszej umowy zobowiązują się do złożenia oferty w postępowaniu (...), a w przypadku uzyskania zamówienia, do zrealizowania wspólnymi siłami przedmiotu umowy zawartej w wyniku tego postępowania.*”

Ponadto „Partnerzy zrzeszeni w konsorcjum będą współpracować w ramach konsorcjum na równouprawnionych warunkach, przy czym kierownictwo handlowe przejmie Mo-Bruk J. Mokrzycki sp.k.. Mo-Bruk jest wyznaczona partnerem konsorcjum odpowiedzialnym do złożenia oferty w sprawie zawarcia umowy (...). Wiążące złożenie oferty wymaga wcześniejszego wyrażenia zgody przez partnerów. (...) Partnerzy będą współpracować ze sobą jako podmioty niezależne.”. W pozostałym zakresie umowa konsorcjum regulowała m.in. sposób przekazywania informacji, wyłączność, odpowiedzialność, czas trwania konsorcjum, podział robót oraz sposób rozwiązywania sporów.

W ocenie Izby, umowa konsorcjum nie upoważniała lidera konsorcjum do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą - Prawo zamówień publicznych, w tym do wniesienia do Zamawiającego - protestu.

Przedstawicielstwo i pełnomocnictwo są instytucjami prawa cywilnego. Obie powstały na gruncie przyjętej w prawie polskim teorii reprezentacji (art. 95 K.c.). Podstawowa różnica między obu instytucjami sprowadza się do tego, że jeśli umocowanie przedstawiciela opiera się na ustawie, to umocowanie pełnomocnika na oświadczeniu woli reprezentowanego (art. 96 K.c.). Pełnomocnictwem jest jednostronne oświadczenie woli mocodawcy obejmujące umocowanie innej osoby (pełnomocnika) do dokonania czynności prawnej w imieniu i ze skutkiem dla mocodawcy.

Artykuł 23 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tzw. konsorcjum), wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W doktrynie, jak i orzecznictwie ukształtował się pogląd, iż do wnoszenia środków ochrony prawnej - w postaci protestu – wystarczające jest upoważnienie pełnomocnika do reprezentowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe wynika z faktu, iż zarówno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowanie toczące się w wyniku wniesienia protestu toczy się przed tym samym organem/podmiotem, którym jest Zamawiający. Oczywiście z treści pełnomocnictwa może również wynikać uprawnienie dla pełnomocnika konsorcjum do korzystania i wnoszenia środków ochrony prawnej. Jednakże takie ogólne stwierdzenie, również uprawniałoby tylko i wyłącznie do wnoszenia protestów, ewentualnie zgłaszanie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Z treści, załączonej do wniosku umowy konsorcjum, wynika jedynie prawo do złożenia oferty, z zastrzeżeniem wcześniejszego wyrażenia zgody przez partnerów. Z całą pewnością, z treści umowy konsorcjum nie wynika prawo, dla lidera konsorcjum, do wnoszenia środków ochrony prawnej. Potwierdzeniem powyższego stanowiska stanowi fakt, iż do odwołania zostało załączone oddzielne pełnomocnictwo (z dnia 25 marca 2010 roku) upoważniające lidera konsorcjum do złożenia odwołania.

Odwołujący podnosił, iż skuteczność umocowania do wniesienia protestu można również wywieść z treści pełnomocnictwa z dnia 11 lutego 2010 roku, uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego. Jednakże, z treści przedmiotowego pełnomocnictwa wynika jedynie ograniczony zakres kompetencji nałożony na lidera konsorcjum, zakreślony jedynie, w swojej kompetencji do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz potwierdzania za zgodność z oryginałem wszelkiej dokumentacji.

Powyższe pełnomocnictwo również nie dawało umocowania dla lidera konsorcjum do wnoszenia środków ochrony prawnej – wniesienia protestu.

Zgodnie z przepisem art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zatem również art. 103 i 104 K.c. Art. 103 § 1 k.c. stanowi, że jeżeli zawierający umowę, jako pełnomocnik nie ma umocowania, albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu została zawarta, natomiast zgodnie z treścią art. 104 K.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania, albo z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. W ocenie Sądu Okręgowego wykładni pełnomocnictwa udzielonego w treści umowy (...) należy dokonywać biorąc za podstawę przede wszystkim jego dosłowne brzmienie, bowiem pochodzi ono od podmiotów profesjonalnych, nadto zebrany materiał dowodowy nie wskazuje na to, by wystąpiły jakiegokolwiek różnice pomiędzy rzeczywistą wolą podmiotów, a treścią złożonych przez nich oświadczeń. Wykładnia taka prowadzi do wniosku, że członkowie konsorcjum udzielili jego liderowi umocowania do dokonania tych czynności, o których zostaną uprzednio powiadomieni - tak Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 28 lutego 2007 roku, sygn. akt II Ca 129/07.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła analogiczna sytuacja, jak w wyżej cytowanym wyroku, uprawniająca Izbę do odrzucenia odwołania, na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 zd. drugie ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....