

Sygn. akt: KIO/UZP 1333/08

POSTANOWIENIE
z dnia 2 grudnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Emil Kuriata

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 2 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Vias y Construcciones S.A., Hiszpania, Madryt, calle Orense 11 i Electren S.A. Hiszpania, Madryt, Avenida del Brasil 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Warszawa, ul. Targowa 74** protestu z dnia 28 października 2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Konsorcjum firm: TCHAS spol. s.r.o., Republika Czeska, Ostrava, Francouzská 6167, TCHAS Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Górczewska 212/226, Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kraków, ul. Jugowicka 6A, Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o., Kraków, ul. Prokocimska 4 i Leonhard Weiss GmbH & Co. KG, Niemcy, Göppingen, Leonard-Weiss-Straße 22** po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Vias y Construcciones S.A., Hiszpania, Madryt, calle Orense 11 i Electren S.A. Hiszpania, Madryt, Avenida del Brasil 6** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Vias y Construcciones S.A., Hiszpania, Madryt, calle Orense 11 i Electren S.A. Hiszpania, Madryt, Avenida del Brasil 6,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Vias y Construcciones S.A., Hiszpania, Madryt, calle Orense 11 i Electren S.A. Hiszpania, Madryt, Avenida del Brasil 6** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Warszawa, ul. Targowa 74,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Vias y Construcciones S.A., Hiszpania, Madryt, calle Orense 11 i Electren S.A. Hiszpania, Madryt, Avenida del Brasil 6.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych modernizacji infrastruktury kolejowej stacji i szlaków w obszarze LCS Ciechanów, Odcinek Świercze – Ciechanów od km 70,780 do km 99,450 w ramach Projektu „Modernizacja linii kolejowej E 65/CE 65 na odcinku Warszawa – Gdynia - obszar LCS Ciechanów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 lipca 2008 r. pod numerem 2008/S 146-196422.

W dniu 22 października 2008 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum firm: Vias y Construcciones S.A. i Electren S.A. o wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, iż wniosek Konsorcjum nie został skutecznie złożony z powodu wadliwego pełnomocnictwa, tj. braku umocowania do działania w imieniu Konsorcjum ustanowionego pełnomocnika. Zamawiający wskazał, iż pełnomocnik Electren S.A. pan Ramon Rivera Diaz, działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 lutego 1999 r. przekroczył zakres umocowania określony w pełnomocnictwie i wadliwie ustanowił dalszego pełnomocnika tj. Vias y Construcciones S.A. w rozumieniu art. 106 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), czym naruszono art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp.

Wobec czynności Zamawiającego polegającej na wadliwym zbadaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu protest złożyło w dniu 29 października 2008 r. (pismem z dnia 28 października 2008 r.) Konsorcjum firm: Vias y Construcciones S.A. i Electren S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 23 ust. 2 w zw. z art. 14 oraz art. 106 ustawy kodeks cywilny w zw. z art. 9 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 1965 r. Nr 46, poz. 290 z późn. zm.). Protestujący zwrócił uwagę na treść pełnomocnictwa zawartego na stronie 17 i następnym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w szczególności na szczegółowy zakres uprawnień pana Ramona Rivera Diaz do działania w imieniu Electren S.A. Wskazał na zawarte w treści pełnomocnictwa wyjaśnienie użytego w jego treści skrótu UTE i stwierdził, iż oznacza on znaną prawu hiszpańskiemu instytucję "Tymczasowego Połączenia Firm" tj. jednostki tworzonej przez kilka firm na potrzeby realizacji jednego zadania lub usługi. Wyjaśnił, iż w prawie hiszpańskim konsorcjum jest instytucją sformalizowaną, wymagającą rejestracji i określenia zasad współpracy firm tworzących UTE,

a uprawnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw wynika z samej istoty pełnomocnictwa udzielanego w ramach UTE.

Protestujący wniósł o unieważnienie decyzji Zamawiającego odnośnie uznania, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Protestującego nie został skutecznie złożony oraz dokonanie ponownego badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z udziałem wniosku Protestującego.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosili w dniu 3 listopada 2008 r. Wykonawcy:

- Konsorcjum firm: TCHAS spol. s.r.o., TCHAS Sp. z o.o., Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych grupa ZUE S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. i Leonhard Weiss GmbH & Co. KG,
- Konsorcjum firm: Salcef Construzioni Edili e Ferroviare S.p.A. i Euro Ferroviare S.r.l.,
- Konsorcjum firm: Trakcja Polska S.A., Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych - 7 S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie i Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o.

Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu w dniu 5 listopada 2008 r. przez jego oddalenie w całości. Stwierdził, iż protest jest bezzasadny, a podniesione w nim argumenty nie znajdują oparcia w stanie faktycznym i prawnym - w złożonych dokumentach oraz w proteście brak jest informacji, że w dacie złożenia wniosku wykonawcy stworzyli UTE. Wręcz przeciwnie - z treści protestu wynika, że UTE nie zostało powołane. Do podobnych wniosków prowadzi analiza dołączonego do wniosku pełnomocnictwa udzielonego przez Electren S.A. dla Vias y Construcciones S.A. Z pełnomocnictwa tego wynika, że jest to pełnomocnictwo udzielone według prawa polskiego, przez samodzielnego wykonawcę, a zatem pełnomocnictwo dalsze byłoby również pełnomocnictwem udzielanym na podstawie prawa polskiego, przez partnera konsorcjum, a nie przez UTE. Podnoszony przez Protestującego zarzut błędnej wykładni art. 106 ustawy kodeks cywilny w zw. z art. 9 ustawy prawo prywatne międzynarodowe jest bezzasadny, zdaniem Zamawiającego, również z powodu nie uwzględnienia przez Protestującego w proteście wymagań określonych w ogłoszeniu oraz wynikających z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego, z uwagi na dyspozycję art. 14 ustawy Pzp, do oceny dopuszczalności udzielenia pełnomocnictwa dalszego zastosowanie będzie miał art. 106 ustawy kodeks cywilny oraz postanowienia ogłoszenia. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami zawartymi w uzasadnieniu protestu Zamawiający stwierdził, że trafnie ustalił, iż pełnomocnictwo dla pana Ramona R. D. nie zawierało uprawnienia do udzielania pełnomocnictw dalszych w zakresie niezbędnym dla wniesienia wniosku. Pan Ramon R. D.

uprawniony jest bowiem do udzielania pełnomocnictwa dalszego jedynie w ściśle określonym zakresie tj. udzielania "Dyrektorowi i innym przedstawicielom tych spółek wymaganych pełnomocnictw potrzebnych do rozwoju ich działalności, w oparciu o uprawnienia". Do podpisania wniosku składanego w konsorcjum konieczne jest pełnomocnictwo, z którego treści musi jasno wynikać uprawnienie do działania wspólnie z innymi członkami konsorcjum. Zamawiający podkreślił, iż konieczność jednoznacznego sprecyzowania zakresu pełnomocnictwa, jak również wskazanie w jego treści z jakimi podmiotami oferta będzie złożona wspólnie, jest niezbędne z uwagi na fakt, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie może żądać złożenia wraz z wnioskiem umowy konsorcjum, pełnomocnictwo stanowi zatem jedyny dokument, na podstawie którego zamawiający może stwierdzić czy wniosek został złożony przez osoby uprawnione. Wniosek podpisany przez osoby nieuprawnione nie wywołuje skutków prawnych. Zamawiający ponadto wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu obowiązek ustanowienia pełnomocnika został nałożony przez samego Zamawiającego w treści ogłoszenia. Art. 23 ust. 2 ustawy Pzp nakłada na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek ustanowienia pełnomocnika, zatem brak możliwości zweryfikowania spełnienia tego obowiązku skutkować musi uznaniem, że wniosek nie został złożony.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodziło się Konsorcjum, które wniosło w dniu 14 listopada 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście. Odwołujący podtrzymał argumentację tam zawartą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie decyzji Zamawiającego odnośnie uznania, że wniosek Konsorcjum nie został skutecznie złożony oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu z udziałem wniosku Konsorcjum.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło pismem z dnia 28 listopada 2008 r. Konsorcjum firm: Tchas spol. s.r.o., Tchas Sp. z o.o., Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych grupa ZUE S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. i Leonard Weiss GmbH & Co. KG.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron dokonała następujących ustaleń i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż występujące w konsorcjum firmy: Vias y Construcciones S.A. oraz Electren S.A. działają wspólnie na podstawie złożonego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pełnomocnictwa z dnia 20 sierpnia 2008 r. W pełnomocnictwie tym Elektren S.A. działając jako członek konsorcjum pod nazwą Konsorcjum Vias-Electren ustanowił Vias y Construcciones S.A. pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp do reprezentowania Konsorcjum oraz Elektren S.A. z osobna w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo to obejmowało m.in. podpisanie i złożenie wniosku o prekwalifikację. Uprawniało ono także do ustanowienia dalszych pełnomocników.

W imieniu Konsorcjum wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Odwołującego w dniu 22 sierpnia 2008 r. podpisał pan Alfonso M. – P., działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 grudnia 2005 r. udzielonego przez pana Manuela P. – B. de C. – Prezesa i Dyrektora Zarządzającego spółki Vias y Construcciones S.A., uprawnionego do samodzielnej reprezentacji. Po analizie treści ww. pełnomocnictwa Izba stwierdziła, iż z pełnomocnictwa tego jednoznacznie wynika prawo do reprezentowania Vias y Construcciones S.A., nie wynika natomiast prawo do reprezentowania zawartych w przyszłości konsorcjów, zatem jest ono prawnie skuteczne tylko w stosunku do mocodawcy.

Izba uznała, iż spółki Vias y Construcciones S.A. oraz Electren S.A. prawidłowo ustanowiły pełnomocnika do reprezentowania zawartego Konsorcjum tj. Vias y Construcciones S.A. Jednakże działanie pana Alfonso M. – P. jako dalszego pełnomocnika nie znajduje oparcia w złożonych dokumentach. Zarówno zakres umocowania wynikający z pełnomocnictwa z dnia 29 grudnia 2005 r., jak również fakt dokonania umocowania pana M. – P. przez Vias y Construcciones S.A. przed datą zawarcia ww. porozumienia nie znajduje oparcia w złożonych wraz z wnioskiem dokumentach.

Wobec faktu, iż umocowanie do działania musi być bezsporne Izba uznała, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony przez podmiot nieuprawniony, a co za tym idzie, podmiot ten nie był również uprawniony do złożenia środków ochrony prawnej w przedmiocie oceny złożonego wniosku.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 postanowienia. Izba nie rozpoznawał kwestii interesu prawnego Odwołującego z uwagi na fakt, iż interes prawny, jako przesłanka materialnoprawna, może być rozpoznawany na rozprawie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie § 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego (zgodnie z przedłożonym rachunkiem w wysokości ograniczonej do maksymalnej kwoty określonej przepisami rozporządzenia).

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) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa - Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....