

POSTANOWIENIE
z dnia 8 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie~~^z w dniu / w ~~dniach~~^{*} 4 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski** protestu / ~~protestów~~^{*} 29 kwietnia 2009 r. wniesionego do zamawiającego 29 kwietnia 2009 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Polimex-Mostostal, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa** i nakazuje:
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa**;
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa** na rzecz **Gminy Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **zastępstwa prawnego**;
 - 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: zero złotych zero groszy) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
 - 4) 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 **STRABAG Sp. z o.o., ul. B. Brechta 7, 03-472 Warszawa**.

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

Zamawiający Miasto Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa ulicy Wyszyńskiego z budową rond i niezbędnej infrastruktury w Gorzowie Wlkp.”. Ogłoszenie ukazało się 23.01.2009 r. w Dz. Urz. UE Nr 2009/S 15-020958. 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.

21.04.2009 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Polimex-Mostostal, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa**.

22.04.2009 r. wykonawca STRABAG sp. z o.o. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa uzyskał informację, że zamawiający – pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – poprawił w ofercie wybranego wykonawcy formularz nr 2 stanowiący załącznik do oferty w zakresie wykreślenia postanowień we wzorze umowy dotyczących rozpatrywania ewentualnych sporów przez Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie i zastąpienia wykreślonych postanowień stwierdzeniem, że ewentualne spory będą poddawane pod rozparzenie przez sąd powszechny właściwy dla siedziby zamawiającego, jak o tym stanowiła specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

29.04.2009 r. wykonawca STRABAG złożył protest na nieuprawnione poprawienie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oferty wybranego wykonawcy, pomimo że nie zaistniały przesłanki do zastosowania powołanego przepisu i w konsekwencji na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polimex-Mostostal, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na wybór jako najkorzystniejszej oferty wskazanego wykonawcy.

Protestujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 Pzp przez złamanie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji,
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, że oferta wykonawcy Polimex-Mostostal zawiera omyłki nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy w ofercie wybranego wykonawcy występują błędy, których nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 3) art. 82 ust. 3 Pzp przez uznanie, że oferta wykonawcy Polimex-Mostostal spełnia wymogi określone w specyfikacji;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polimex-Mostostal, której treść nie odpowiada treści specyfikacji.

Protestujący wniósł o:

- 1) nakazanie uchylenia czynności zamawiającego, polegającej na poprawieniu oferty Polimex-Mostostal na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 2) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Polimex-Mostostal, jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji;
- 3) nakazanie uchylenia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Polimex-Mostostal;
- 4) nakazanie powtórzenia procedury badania i oceny ofert.

Protestujący podnosi, że zamawiający:

- 1) nie był uprawniony do poprawienia oferty Polimex-Mostostal na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 2) oferta Polimex-Mostostal jako niezgodna ze specyfikacją podlega odrzuceniu.

Jako argumenty, protestujący przytoczył wyroki:

- 1) Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 654/08;
- 2) Krajowej Izby Odwoławczej z 07 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 628/08;
- 3) Krajowej Izby Odwoławczej z 12 sierpnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 781/08;
- 4) Krajowej Izby Odwoławczej z 28 marca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 219/08;
- 5) Krajowej Izby Odwoławczej z 26 marca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 218/08;
- 6) Krajowej Izby Odwoławczej z 07 października 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1013/08;
- 7) Zespołu Arbitrów z 16 sierpnia 2006 r. sygn. akt: UZP/ZP/0–2283/06;

8) Zespołu Arbitrów z 30 marca 2007 r. sygn. akt: UZP/ZP/0–328/07.

30.04.2009 r. wykonawca Polimex-Mostostal zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

07.05.2009 r. zamawiający oddalił protest.

Zamawiający stwierdził, że błędy w Formularzu nr 2 oferty wybranego wykonawcy **Polimex-Mostostal** mają charakter jedynie nieumyślnej i niezamierzonej omyłki. Ponadto zamawiający wskazał, że każdy przypadek poprawienia w ofercie innej omyłki niż oczywiste omyłki pisarskie czy oczywiste omyłki rachunkowe powinien być badany indywidualnie. Zamawiający wskazał, że badając ofertę wybranego wykonawcy Polimex-Mostostal, wziął pod uwagę całość złożonego oświadczenia woli. Zamawiający uznał także, że powołane przez odwołującego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nie mają zastosowania w postępowaniu, ponieważ nie uwzględniają zmian wprowadzonych w nowelizacji Prawa zamówień publicznych z 4 września 2008 r., która weszła w życie 24 października 2008 r.

18.05.2009 r. wykonawca STRABAG złożył odwołanie przytaczając te same argumenty, co w proteście.

02.06.2009 r. wykonawca Polimex-Mostostal zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

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.

30.01.2009 r. wykonawca STRABAG udzielił pełnomocnictwa radcy prawnemu, panu Andrzejowi R. do m.in. wnoszenia protestów, odwołań i reprezentowania wykonawcy w sprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą. Jednak wnoszący odwołanie w imieniu wykonawcy, pan A. załączył tylko kopię pełnomocnictwa do składanego przez siebie odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia została potwierdzona za zgodność z oryginałem przez składającego odwołanie pana Andrzeja Rybickiego.

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.

Do podobnych konstatacji dochodzi pani Eliza Grabowska-Szweicer w „Pełnomocnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” str. 15 miesięcznik „Zamówienia publiczne. Doradca”, nr 145, maj 2009 r. stwierdzając, cyt.: >>Należy również podkreślić, iż przepis dotyczący poświadczania pełnomocnictw przez profesjonalnych pełnomocników [art. 89 § 1 zd. drugie Kpc] może znaleźć zastosowanie najwcześniej w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, co oznacza, że zarówno do protestu, jak i do samego odwołania (składanego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a nie KIO) konieczne jest dołączenie oryginału pełnomocnictwa lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza.”. Dalej autorka przytacza bogate orzecznictwo, w szczególności wyroki Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2007 r. (sygn. akt II Ca 137/07) i Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 85/07).

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, uwzględniając koszty uczestników postępowania odwoławczego związane z poniesionym nakładem pracy w wysokości 3 600 zł na podstawie kopii faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 ~~wyrok~~/postanowienie* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*