

POSTANOWIENIE

z dnia 18 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Stanisław Sadowy

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 16 września 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego Kolprojekt Sp. z o.o., ul. Boremlowska 40A, Sener Sp. z o.o., Sener Inżynieria y Sistemas S.A., CE Projekt Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa, Przedsiębiorstwo Projektowo- Wdrożeniowe Budownictwa Komunikacyjnego Promost Sp. z o.o. od rozstrzygnięcia przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa protestu z dnia 12.08.2008 r.

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pöyry Infra GmbH, Rottelnweiler 22, Alte Vogtei, 79541 Lorrach, Niemcy (Lider Konsorcjum) oraz Pöyry Infra Sp. z o.o., ul. Krupnicza 5/1 31-123 Kraków przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego Kolprojekt Sp. z o.o., ul. Boremlowska 40A, Sener Sp. z o.o., Sener Inżynieria y Sistemas S.A., CE Projekt Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa, Przedsiębiorstwo Projektowo-Wdrożeniowe Budownictwa Komunikacyjnego Promost Sp. z o.o. 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 Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego Kolprojekt Sp. z o.o., ul. Boremlowska 40A, Sener Sp. z o.o., Sener Ingeniería y Sistemas S.A., CE Projekt Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa, Przedsiębiorstwo Projektowo- Wdrożeniowe Budownictwa Komunikacyjnego Promost Sp. z o.o.,

2) 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 Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego Kolprojekt Sp. z o.o., ul. Boremlowska 40A, Sener Sp. z o.o., Sener Ingeniería y Sistemas S.A., CE Projekt Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa, Przedsiębiorstwo Projektowo- Wdrożeniowe Budownictwa Komunikacyjnego Promost Sp. z o.o.

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

W dniu 03.06.2008r., PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej, dokumentacji przetargowej dla robót budowlanych w ramach projektu modernizacji linii średnicowej w układzie dalekobieżnym (linia nr 1 i 2) i układzie podmiejskim (linia nr 447 i 448) na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia łącznie ze stacjami oraz przystankami i tunelem średnicowym w układzie dalekobieżnym” i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 13 216 016,00 euro.

W dniu 12.09.2008r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego Kolprojekt Sp. z o.o., ul. Boremlowska 40A, Sener Sp. z o.o., Sener Ingeniería y Sistemas S.A., CE Projekt Group

Sp. z o.o. Spółka komandytowa, Przedsiębiorstwo Projektowo-Wdrożeniowe Budownictwa Komunikacyjnego Promost Sp. z o.o. (zwani dalej Odwołującym) złożyli protest. Wobec braku rozstrzygnięcia protestu w przewidzianym przepisami Prawa zamówień publicznych terminie, Odwołujący zgodnie z art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uznał protest za oddalony i w dn. 28.08.2008 r. (wpływ bezpośredni) złożył odwołanie, przekazując kopię odwołania Zamawiającemu w tym samym dniu.

Do postępowania odwoławczego przystąpili w dn. 11.09.2008 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pöyry Infra GmbH, Rottelnweiler 22, Alte Vogtei, 79541 Lorrach; Niemcy (Lider Konsorcjum) oraz Pöyry Infra Sp, z. o.o. ul. Krupnicza 5/1 31-123 Kraków (zwani dalej: Przystępującym), którzy uprzednio w dn. 14.08.2008 r. przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku złożenia protestu. Przystępujący wnosił o odrzucenie protestu jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony, względnie o oddalenie protestu jako oczywiście bezzasadnego. W odniesieniu do żądania odrzucenia protestu wskazał, iż dwóch z uczestników Konsorcjum Kolprojekt upoważniło imiennie do działania w swoim imieniu Andrzeja D. i Zofię W., a więc umocowane zostały konkretnie wskazane osoby fizyczne. Tymczasem protest został wniesiony przez Romana Ś. i Zofię W., a więc osoby nie posiadające umocowania.

Zamawiający w dniu 04.09.2008 r. złożył pismo procesowe, w którym wskazał na podstawy odrzucenia odwołania (art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych), jako że protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający wywodził, że uczestnik konsorcjum, niebędący jego pełnomocnikiem (tj. upoważnionym przez wszystkich uczestników konsorcjum) nie może samodzielnie wnosić środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący na posiedzeniu wskazywał na wykładnię oświadczeń woli – według niego kwestionowane pełnomocnictwa, udzielone przez Sener Sp. z o.o. i Sener Ingeniería y Sistemas S.A. w intencji mocodawców były pełnomocnictwami udzielonym Kolprojektowi Sp. z o.o. Na potwierdzenie swojego wyводу powoływał się na pełnomocnictwa z dn. 07.07.2008 r., załączone do odwołania, które upoważniały z kolei m.in. do złożenia protestu Romana Ś. i Zofię W.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, a w szczególności z ofertą złożoną przez Konsorcjum Kolprojekt, postanowiła odrzucić odwołanie.

Odnosząc się do argumentów uczestników postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, co następuje.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wywodów Odwołującego zawartych w odwołaniu, dotyczących ewentualnej możliwości wniesienia środków ochrony prawnej przez tylko jednego z uczestników konsorcjum, nie można uznać za przyznanie okoliczności, że protest został rzeczywiście wniesiony przez tylko jednego konsorcjanta, lecz jedynie za argumenty podnoszone z ostrożności procesowej na wypadek uznania przez Izbę, że pełnomocnictwa nie zostały właściwie udzielone.

Nie można uznać za słuszne twierdzeń Odwołującego, że skoro Zamawiający protest oddalił, a nie odrzucił, oznacza to, że nie dopatrył się powodów jego odrzucenia. Po pierwsze, protest został oddalony przez „przemilczenie” Zamawiającego, który protestu nie rozstrzygnął w terminie 10-dniowym. Z tego rodzaju zaniechaniem Zamawiającego związane jest domniemanie prawne polegające wyłącznie na uznaniu, że protest został oddalony. Po drugie, gdyby nawet Zamawiający protest rozstrzygnął merytorycznie, Izba i tak z urzędu musiałaby zbadać, czy protest został wniesiony przez osoby do tego uprawnione. Zatem z faktu oddalenia protestu, bez względu czy nastąpiło to przez przemilczenie, czy przez rozstrzygnięcie Zamawiającego z uzasadnieniem, nie można wywodzić skutków prawnych w postaci prawidłowości pełnomocnictw do jego złożenia.

Ponadto o skuteczności pełnomocnictw udzielonych przez uczestników konsorcjum (a w konsekwencji – o prawidłowości umocowania lidera konsorcjum) nie można wnioskować z okoliczności, że Zamawiający dotychczas traktował Kolprojekt Sp. z o.o. jako lidera konsorcjum (tj. prawidłowo umocowanego przez wszystkich uczestników konsorcjum pełnomocnika).

Skład orzekający swoje stanowisko o zaistnieniu przesłanek odrzucenia odwołania oparł na analizie dokumentów złożonych wraz z ofertą Odwołującego, a mianowicie:

- 1) odpisów z rejestrów handlowych niżej wymienionych spółek:
 - i. Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego Kolprojekt Sp. z o.o. ,
 - ii. Sener Sp. z o.o.

- iii. Sener Ingeniería y Sistemas S.A.
- iv. CE Projekt Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa
- v. CE Projekt Group Sp. z o.o.
- vi. Przedsiębiorstwo Projektowo- Wdrożeniowe Budownictwa Komunikacyjnego Promost Sp. z o.o.

2) potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę tłumaczenia przysięgłego „Aktu notarialnego nadania pełnomocnictwa sporządzony przez Sener Ingeniería y Sistemas S.A. Panu Jose G. B. M.”

3) pełnomocnictw:

1. udzielonych przez spółki CE Projekt Group Sp. z o.o. Spółka komandytowa oraz Przedsiębiorstwo Projektowo-Wdrożeniowe Budownictwa Komunikacyjne Promost Sp. z o.o. Kolprojektowi Sp. z o.o.

2. pełnomocnictw z dn. 10.07.2008r. udzielonych przez Sener Sp. z o.o. i Sener Ingeniería y Sistemas S.A. Andrzejowi D. i Zofii W.,
(Zamawiający przekazał Izbie na posiedzeniu oryginały ofert, na tej podstawie zrobiono kserokopie dokumentów wymienionych wyżej w pkt. od 1) do 3) ppkt 2 i włączono do akt sprawy)

3. pełnomocnictw z dn. 07.07.2008 r. udzielonych przez Sener Sp. z o.o. i Sener Ingeniería y Sistemas S.A. Romanowi Ślósarskiemu i Zofii Wiśniewskiej (załączonych do odwołania).

Analizując wszystkie wymienione wyżej pełnomocnictwa, Izba stwierdziła, że zostały one podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z podmiotów udzielających pełnomocnictwa. Pewne wątpliwości można mieć w odniesieniu do „Aktu notarialnego nadania pełnomocnictwa (...)”, jako że do oferty nie załączono odpisu z centralnego rejestru handlowego spółek hiszpańskich (taki obowiązek nie wynikał z przepisów Prawa zamówień publicznych), zatem nie ma pewności co do prawidłowości umocowania udzielającego pełnomocnictwa – Ignatio G. G. Jednak Izba uznała, że kwestionowanie umocowania pana Ignatio G. G. do udzielenia pełnomocnictwa panu Jose G. B. M. jest nieuprawnione wobec faktu, że zostało ono udzielone przed notariuszem hiszpańskim, który niewątpliwie zbadał uprawnienie do reprezentacji spółki - załącznikiem do aktu notarialnego był dokument (zgodnie z treścią aktu była to „Uchwała Rady Administracyjnej”), z którego wynikało uprawnienie Ignatio G. G. do reprezentacji podmiotu (jednak dokument ten nie został on

dołączony do oferty). Wobec tego należy przyjąć, że reprezentacja Sener Ingeniería y Sistemas S.A. była we wskazanym akcie notarialnym właściwa i pan Ignatio G. G. skutecznie udzielił pełnomocnictwa panu Jose G. B. M.. Wątpliwości nie budził ani zakres pełnomocnictwa, ani prawo pełnomocnika do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Odnosząc się generalnie do wszystkich wskazanych wyżej pełnomocnictw Izba stwierdziła, że zakres ich jest prawidłowy, tzn. każde z nich z osobna upoważniało m.in. do składania ofert i środków ochrony prawnej.

Jednak rację trzeba przyznać Przystępującemu, że pełnomocnictwa udzielone przez Sener Sp. z o.o. i Sener Ingeniería y Sistemas S.A. z dn. 07.07.2008 r. i 10.07.2008 r. są pełnomocnictwami imiennymi, upoważniającymi skonkretyzowane w treści pełnomocnictwa osoby. W ocenie Izby świadczą o tym wprost użyte tamże sformułowania: ustanawiam pana X (funkcja w zarządzie) i panią Y (prokurent) reprezentujących wspólnie Kolprojekt Sp. z o.o. Pełnomocnikiem Konsorcjum i „udzielam pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia (...) panu X i pani Y”. Odwołujący twierdził, że intencją mocodawców było umocowanie osób upoważnionych do reprezentowania Kolprojekt Sp. z o.o., a więc nie osób wskazanych imiennie, a Kolprojekt Sp. z o.o. jako spółki - tej samej spółki, która została umocowana pełnomocnikiem przez pozostałych uczestników konsorcjum. Na dowód takich intencji mocodawców powoływał się na dołączone do odwołania pełnomocnictwa z dn. 07.07.2008 r., upoważniające z kolei A. D. i Z. W., co w jego ocenie potwierdza, że zamiarem mocodawców było umocowanie Kolprojektu Sp. z o.o. (ponieważ we wszystkich pełnomocnictwach Sener Sp. z o.o. i Sener Ingeniería y Sistemas S.A., branych pod uwagę łącznie, wymieniono wszystkie osoby uprawnione do reprezentacji Kolprojekt sp. z o.o. zgodnie z odpisem z KRS), a nie wskazanych osób.

Z taką tezą Odwołującego nie można się zgodzić – z treści wszystkich czterech pełnomocnictw udzielonych przez spółki Sener Sp. z o.o. i Sener Ingeniería y Sistemas S.A. nie wynika, żeby intencją mocodawcy było udzielenie pełnomocnictwa Kolprojektowi Sp. z o.o. Pełnomocnictwa z dn. 07.07.2008 r., załączone do odwołania, na które powołuje się Odwołujący, nie tylko nie potwierdzają tezy Odwołującego, lecz w ocenie Izby jej przeczą - potwierdzają bowiem okoliczność, iż pełnomocnictwa udzielone przez Sener Sp. z o.o. i Sener Ingeniería y Sistemas S.A. były pełnomocnictwami imiennymi, bowiem z wszystkich czterech pełnomocnictw, branych pod uwagę łącznie, nie wynika możliwość reprezentowania

mocodawców przez Zarząd Kolprojektu Sp. z o.o. , ani przez prokurenta samoistnego (zgodnie z odpisem z KRS nr 0000029325, reprezentować spółkę mogą dwaj członkowie zarządu łącznie albo jeden członek wraz z prokurentem bądź prokurent - samodzielnie, a pełnomocnictwa upoważniały do działania wyłącznie każdego z członków zarządu wraz z prokurentem).

Pełnomocnictwo udzielone przez uczestników konsorcjum ma wobec brzmienia art. 23 ust. 2 Prawa zamówień publicznych szczególną rolę – pozwala na stwierdzenie, jakie podmioty są uczestnikami konsorcjum; tylko z niego (a nie np. z formularza ofertowego) wynika krąg podmiotów, które złożyły ofertę wspólną. Treści takiego pełnomocnictwa nie można domniemywać – w badanym przypadku dwaj uczestnicy konsorcjum umocowali Kolprojekt Sp. z o.o., inni dwaj natomiast - umocowali imiennie osoby wskazane w treści pełnomocnictw. „Dopuszczalne jest, aby pełnomocnikiem była zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna oraz dopuszczalna jest reprezentacja wykonawcy w postępowaniu przez kilku jednakowo umocowanych pełnomocników” (KIO/UZP 263/08), jednak nie ma wątpliwości, że ten sam pełnomocnik musi zostać ustanowiony przez wszystkich uczestników konsorcjum (z wyjątkiem sytuacji, kiedy pełnomocnikiem zostaje ustanowiony jeden z uczestników – wówczas nie udziela on sam sobie pełnomocnictwa). Ze względu treść pełnomocnictw udzielonych przez spółki Sener Sp. z o.o. i Sener Ingeniería y Sistemas S.A., należy uznać, że niektórzy uczestnicy konsorcjum ustanowili jednego pełnomocnika, niektórzy - innego (tj. dwóch – w konkretnie wskazanych osobach). Wobec powyższego uczestnicy konsorcjum nie zastosowali się do przepisu art. 23 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, tj. nie ustanowili „wspólnego” pełnomocnika. W takich okolicznościach stwierdzić należy, iż w ofercie nie wykazano, że Konsorcjum Kolprojekt w ogóle powstało. Z tych względów używanie pojęcia „Konsorcjum Kolprojekt” (również w treści niniejszego uzasadnienia) jest w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych jedynie dużym uproszczeniem.

„Ustanowienie pełnomocnika jest obowiązkiem wykonawców, przepis art. 23 ust. 2 p.z.p. zaś ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Jeżeli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia podjęli decyzję o wspólnym działaniu, to muszą uwzględnić konsekwencje takiej decyzji i swoją wolę wyraźnie wyartykułować w pełnomocnictwie składanym wraz z ofertą” (KIO/UZP 14/08).

Izba musiała zbadać pełnomocnictwa do złożenia oferty, aby ustalić, czy protest, a następnie odwołanie wniósł podmiot uprawniony, czyli w tym przypadku ten, który złożył ofertę. Skoro Izba uznała, że nie wykazano, że Konsorcjum zostało utworzone (nie wykazano tej

okoliczności w ofercie poprzez złożenie pełnomocnictwa zgodnego z art. 23 ust. 3 Prawa zamówień publicznych), to takiej wady oferty nie można było konwalidować na dalszym etapie postępowania.

Ponadto nie było sporne, że protest został podpisany przez Romana Ś. i Zofię W. Osoby te były co prawda upoważnione do reprezentowania Kolprojektu Sp. z o.o. (a w konsekwencji w związku z treścią udzielonych pełnomocnictw – również niektórych uczestników Konsorcjum), lecz w chwili złożenia protestu nie wykazano, iż byli oni umocowani do jego złożenia także przez spółki Sener Sp. z o.o. i Sener Ingeniería y Sistemas S.A. Pełnomocnictwa dla tych osób zostały dołączone dopiero do odwołania. Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, jeżeli wraz ze złożeniem protestu nie wykazano, iż został on podpisany prawidłowo (a pełnomocnictwo do jego podpisania nie wynikało z dokumentów dotychczas złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), pełnomocnictwa nie można uzupełnić w terminie późniejszym, a protest podlega odrzuceniu.

Można byłoby uznać, że zarówno protest, jak i odwołanie zostały wniesione przez jednego z uczestników konsorcjum, tj. przez Kolprojekt Sp. z o.o., ale i wówczas protest i odwołanie podlegałyby odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony – pogląd ten jest ugruntowany zarówno w doktrynie, jak orzecznictwie: uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej przysługuje uczestnikom konsorcjum łącznie, a nie każdemu z nich z osobna.

Biorąc pod uwagę opisane wyżej okoliczności – brak ustanowienia pełnomocnika w trybie art. 23 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz brak załączenia pełnomocnictwa do wniesienia protestu – postanowiono o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 187 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, jako że odwołanie nie zostało poprzedzone protestem i zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Reasumując, Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

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 Warszawie-Pradze.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....