

Sygn. akt: KIO/UZP 1878/09

POSTANOWIENIE
z dnia 18 lutego 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 18 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Eiffage Budownictwo Mitex S.A., POLCOURT S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Ostróda, 14-100 Ostróda, ul. Mickiewicza 24** protestu z dnia 26 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: "Przemysłówka" PBP HOLDING Sp. z o.o., PBO "EKOBUD" Sp. z o.o., SPORTSYSTEM Grzegorz Ł. Grygorowicz, 10-508 Olsztyn, ul. Mickiewicza 21/23** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Eiffage Budownictwo Mitex S.A., POLCOURT S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5a

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Eiffage Budownictwo Mitex S.A., POLCOURT S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5a,**
- 2) 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 **Konsorcjum: Eiffage Budownictwo Mitex S.A., POLCOURT S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 5a.**

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

Zamawiający: Gmina Miejska Ostróda prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pod nazwą: „Przebudowa kompleksu sportowo -rekreacyjnego przy ul. 3 Maja w Ostródzie” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 sierpnia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2009/S 148 –216404.

W dniu 16 listopada 2009 r. wykonawcy, w tym odwołujący - Konsorcjum firm: Eiffage Budownictwo Mitex S.A. i POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie - otrzymał zawiadomienie o wynikach oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: „Przemysłówka” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „EKOBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostródzie, Sportsystem Grzegorz Łukasz Grygołowicz z siedzibą w Olsztynie. Na drugiej pozycji została sklasyfikowana oferta złożona przez Konsorcjum firm: HOCHTIEF Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, HOCHTIEF Construction AG z siedzibą w Essen (Niemcy). Na trzeciej pozycji - Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Fortuna Communication Sp. z o.o. z

siedzibą we Wrocławiu. Oferta złożona przez odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Konsorcjum Eiffage Budownictwo Mitex S.A., POLCOURT S.A. wniosło protest na czynności i zaniechania zamawiającego polegające na:

1. wyborze oferty Konsorcjum Przemysłówka, pomimo że treść ww. oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
2. odrzuceniu oferty odwołującego pomimo że jej treść jest zgodna z treścią siwz i nie podlegała odrzuceniu,
3. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Hochtief , pomimo że jej treść nie odpowiada treści siwz i podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
4. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Przemysłówka, pomimo że jej treść nie odpowiada treści siwz i podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
5. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal Warszawa, pomimo że jej treść nie odpowiada treści siwz i podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem czynności odrzucenia oferty odwołującego, mimo że treść jego oferty odpowiadała treści siwz,
- art. 82 ust. 3 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i wybór oferty, której treść nie odpowiada treści siwz,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: Konsorcjum Przemysłówka, Konsorcjum Hochtief , Konsorcjum Mostostal Warszawa,
- art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez niedopuszczalne dokonanie istotnych zmian w treści złożonych ofert,
- art. 87 ust. 2 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i nieusunięcie w ofercie odwołującego oczywistych omyłek pisarskich oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

W związku z powyższym odwołujący wniósł w proteście o:

1. odrzucenie ofert złożonych przez: Konsorcjum Przemysłówka, Konsorcjum Hochtief , Konsorcjum Mostostal Warszawa,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. powtórzenie czynności oceny ofert.

Zamawiający oddalił protest, przekazując odwołującemu rozstrzygnięcie protestu w dniu 7 grudnia 2009 r.

Odwołujący, nie zgadzając się z oddaleniem protestu, wniósł odwołanie do Prezesa UZP. W odwołaniu podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, dotyczące naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 Pzp. W odwołaniu odwołujący podtrzymał żądania wnosząc o:

1. odrzucenie ofert złożonych przez: Konsorcjum Przemysłówka, Konsorcjum Hochtief, Konsorcjum Mostostal Warszawa,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. powtórzenie czynności oceny ofert.

Dodatkowo odwołujący wniósł o ewentualne unieważnienie postępowania oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

Ponadto odwołujący złożył wniosek o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie kosztorysowania na okoliczność ustalenia faktu przygotowania przez Odwołującego kosztorysów ofertowych zgodnie z siwz,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ofert na okoliczność niezgodności treści ww. ofert z siwz oraz bezprawnego skorygowania przez zamawiającego treści ofert w trybie art. 87 ust. 2 Pzp,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z Karty technicznej murawy syntetycznej załączonej do oferty Konsorcjum Przemysłówka oraz dokumentu pt. „Uzupełniające dane techniczne oferowanej murawy syntetycznej” na okoliczności nie spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych w siwz w zw. z art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 Pzp oraz złożenia oferty niezgodnej z siwz, a tym samym podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na posiedzeniu, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony i w związku z tym podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w oparciu o art. 184 ust. 1 Pzp w imieniu dwóch wykonawców tworzących Konsorcjum firm: Eiffage Budownictwo Mitex S.A. i POLCOURT S.A. przez Ewę C, działającą na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 grudnia 2009 r. oraz pełnomocnictwa z dnia 23 września 2009 r. Do odwołania zastały załączone ww. pełnomocnictwa.

Pełnomocnictwo z dnia 23 września 2009 r. obejmuje ustanowienie przez członków konsorcjum tj. firmę Eiffage Budownictwo Mitex S.A. oraz POLCOURT S.A. lidera konsorcjum – pełnomocnika, stosownie do brzmienia art. 23 ust. 2 Pzp. Pełnomocnictwo zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania obu wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co wynika z ustanowionych i ujawnionych w KRS zasad reprezentacji obu spółek. Z treści ww. pełnomocnictwa wynika, że pełnomocnikiem konsorcjum został ustanowiony wykonawca Eiffage Budownictwo Mitex S.A. Wykonawca został upoważniony na mocy ww. pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Wśród czynności do których pełnomocnictwo umocowuje w szczególności wskazano czynność „składania wszelkich środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w szczególności protestów i odwołań, skarg oraz przystąpień do postępowań toczących się w wyniku wniesienia środka ochrony prawnej jak również reprezentowania w postępowaniach wszczętych w wyniku wniesienia ww. środków”. Ponadto, „pełnomocnictwo obejmuje prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie objętym niniejszym pełnomocnictwem”.

Pełnomocnictwo z dnia 16 grudnia 2009 r. zostało udzielone przez osoby uprawnione do reprezentacji i reprezentujące wykonawcę: Eiffage Budownictwo Mitex S.A. p. Ewie C oraz p. Krzysztofowi M „do reprezentowania Spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym a także w postępowaniu przed Sądem Okręgowym toczącym się w przypadku wniesienia skargi w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę kompleksu sportowo-rekreacyjnego przy ul. 3 Maja w Ostródzie prowadzonego przez Urząd Miejski w Ostródzie”.

Pełnomocnik odwołującego przyznał w toku posiedzenia, że odwołanie miało zostać podpisane przez dwóch pełnomocników tj. p. Ewę C – na podstawie pełnomocnictwa z 16 grudnia 2009 r. oraz p. Marię C – na podstawie pełnomocnictwa z 24 września 2009 r., które również zostało załączone do odwołania. Odwołujący potwierdził również, że zamiar powyższy mocodawcy został wyrażony w petitum odwołania w pkt I, gdzie stwierdzono, że odwołanie zostaje wnoszone przez pełnomocników w liczbie mnogiej, na podstawie ww. dwóch pełnomocnictw.

Biorąc pod uwagę treść pełnomocnictw dołączonych do odwołania, Izba stwierdziła, że pełnomocnictwo z dnia 16 grudnia 2009r. nie uprawniało p. Ewy C do wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w imieniu Konsorcjum firm Eiffage Budownictwo Mitex S.A. oraz POLCOURT S.A.

Izba zważyła co następuje.

Wniesienie odwołania do Prezesa UZP przez pełnomocnika odwołującego wymaga pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej oraz załączenia tegoż pełnomocnictwa do odwołania (art.184 ust. 2 w zw. z art. 9 ust. 1 Pzp i §1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – Dz. U. Nr 187, poz. 1327).

Na mocy art. 14 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie regulują kwestii pełnomocnictwa, poza wyjątkiem określonym w art. 23 ust. 2 Pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także w postępowaniu odwoławczym, strony postępowania posługują się pełnomocnictwem materialnoprawnym udzielonym na podstawie przepisów art. 98 i następnych Kc. Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania jest pełnomocnictwem albo rodzajowym albo do poszczególnej czynności.

Pełnomocnictwo z dnia 16 grudnia 2009 r. jest pełnomocnictwem szczególnym, które umocowuje pełnomocnika wyłącznie do poszczególnej czynności w rozumieniu art. 98 k.c. tj. do czynności reprezentowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym. Czynność reprezentowania przed KIO oraz czynność wniesienia odwołania do Prezesa UZP są odrębnymi czynnościami, na co wskazują jednoznacznie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do art. 184 ust. 2 Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który jest odrębnym, od Krajowej Izby Odwoławczej podmiotem, stosownie do kompetencji ustawowych - organem upoważnionym do dokonywania w postępowaniu odwoławczym samodzielnych czynności, w szczególności wynikających z art. 184 i 185 Pzp. Zgodnie natomiast z art. 186 ust. 1 Pzp do kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej należy rozpoznanie odwołania, co stanowi kolejny etap postępowania odwoławczego, następujący po czynnościach wykonanych przez Prezesa UZP. Z treści ww. pełnomocnictwa wynika jednoznacznie, że umocowuje ono wyłącznie do podejmowania czynności przed KIO tj. nie obejmuje umocowania do czynności wniesienia odwołania do Prezesa UZP. Izba zważyła, że treść analizowanego pełnomocnictwa została sformułowana na piśmie w sposób jednoznaczny i precyzyjny, dlatego też nie może podlegać wykładni, która prowadzi do zmiany sensu oświadczenia wynikającego z wykładni językowej W orzecznictwie SN utrwalone zostały zasady, iż „podstawę wykładni oświadczeń

woli mających formę pisemną stanowi tekst dokumentu, w którym ujęto oświadczenie woli. W procesie jego wykładni podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym, przy czym wykładni poszczególnych wyrażeń dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w którym zostały użyte.” (vide postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r. sygn. akt II CSK 263/08 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r. o sygn. akt III CZP 66/95).

Zauważyć należy, że zakres umocowania wynikający z ww. pełnomocnictwa udzielonego p. Ewie C został wyraźnie zawężony w stosunku do umocowania wynikającego z pełnomocnictwa z dnia 23 grudnia 2009 r., w którym jednoznacznie oddzielono czynności „składania wszelkich środków ochrony prawnej [...]” od czynności „reprezentowania w postępowaniach wszczętych w wyniku wniesienia ww. środków”. W treści pełnomocnictwa z dnia 16 grudnia 2009 r. wskazana została wyłącznie czynność „reprezentowania”, do której jest upoważniony pełnomocnik, nie wskazano natomiast czynności „składania środków ochrony prawnej”.

Dodatkowo Izba zważyła, że zgodnie z dyspozycją przepisu art. 23 ust. 2 Pzp z treści udzielonego pełnomocnictwa powinno wynikać umocowanie do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 106 k.c. pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo z dnia 16 grudnia 2009 r. zostało udzielone wyłącznie w imieniu spółki Eiffage Budownictwo Mitex S.A. oraz wyłącznie do reprezentowania „Spółki”, co wynika jednoznacznie z treści pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo powyższe nie odnosi się w jakimkolwiek zakresie do umocowania wynikającego z treści pełnomocnictwa z dnia 23 września 2009 r. obejmującego działanie w imieniu oraz na rzecz konsorcjum składającego się z dwóch wykonawców - jako mocodawcy.

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp.

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

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....