

POSTANOWIENIE
z dnia 10 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 10 lutego 2011 r. w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 31 stycznia 2011 r. przez **Konsorcjum w składzie: Qumak - Sekom S.A. (lider), „Energo- Moc” Wzorcownia Sp. z o.o. Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., z siedzibą lidera Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENERGA - OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk,**

przy udziale wykonawców:

- **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- **Konsorcjum w składzie: ATM Systemy Informatyczne sp. z o. o., ATM SA., ATM Software sp. z o.o., Innovation Technology Group SA. z siedzibą lidera ul. Grochowska 21 a, 04-186 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- **Sygnity SA., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum w składzie: Qumak - Sekom S.A. (lider), „Energo- Moc” Wzorcownia Sp. z o.o. Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., z siedzibą lidera Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiące kwotę wpisu uiszczzonego przez odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: ENERGA - OPERATOR SA z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wdrożenie Systemu Aplikacyjnego wraz z usługami jego rozwoju” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S181-276735 w dniu 17 września 2010 r.

W dniu 20 stycznia 2011r. zamawiający przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu wynik oceny ofert wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu m.in. oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: Qumak - Sekom S.A. (lider), „Energo- Moc” Wzorcownia Sp. z o.o., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum Qumak-Sekom) - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej Pzp.

Konsorcjum Qumak - Sekom wniosło odwołanie wobec ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust 1 pkt. 2 w zw. z art. 14 Pzp oraz 66 § a k.c., przez odrzucenie oferty, art. 7 Pzp w wyniku interpretacji treści siwz na niekorzyść wykonawców, art. 87 ust 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, art. 91 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum Qumak-Sekom jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie oceny ofert, wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykonawcy: Sygnity S.A., Asseco Poland S.A. oraz Konsorcjum w składzie: ATM Systemy Informatyczne sp. z o. o., ATM SA., ATM Software sp. z o.o., Innovation Technology Group SA. zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin, określony w art. 185 ust. 2 Pzp. Przystępujący wykazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł m.in. o odrzucenie odwołania. Wskazał, iż Konsorcjum Qumak - Sekom jest w postępowaniu reprezentowane przez spółkę Qumak Sekom S.A. w oparciu o pełnomocnictwo ogólne udzielone przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o. o. oraz przez „Energo - Moc” Wzorcownia sp. z o. o., upoważniające wyłącznie do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu i do zawarcia umowy w sprawie zamówienia, tj. do dokonywania czynności w zakresie zwykłego zarządu. W żadnym miejscu pełnomocnictwa nie wskazano umocowania do wnoszenia

odwołań w imieniu członków konsorcjum. W tym stanie rzeczy odwołanie powinno być odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentów przedłożonych do akt sprawy i wyjaśnień stron postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż pełnomocnictwo do wniesienia odwołania jest pełnomocnictwem rodzajowym, tj. określającym umocowanie do tego rodzaju czynności prawnej (art. 98 k.c.), której pełnomocnik może dokonać. W ocenie Izby, pełnomocnictwo udzielone tzw. liderowi konsorcjum, stosownie do wymogów art. 23 ust. 2 Pzp, „do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego”, określa rodzaj czynności prawnych, jako czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym umocowuje pełnomocnika do wnoszenia odwołania. Zauważyć należy, iż postępowanie odwoławcze nie jest całkowicie odrębnym postępowaniem od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może wiązać się z koniecznością korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, to pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje też umocowanie do dokonania tego rodzaju czynności (do wniesienia odwołania), jednak z zastrzeżeniem, że nie nastąpiło odmienne uregulowanie tej kwestii, z którego wynika, iż dane pełnomocnictwo takich czynności prawnych nie obejmuje.

W przedmiotowej sprawie odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika, na podstawie załączonego do odwołania pełnomocnictwa z dnia 28 stycznia 2011r. udzielonego mu przez lidera konsorcjum Qumak-Sekom S.A. „upoważniającego Pełnomocnika do jednoosobowego złożenia odwołania w imieniu Konsorcjum Qumak-Sekom S.A.[...]” Do odwołania załączono także pełnomocnictwo z dnia 2 listopada 2010 r., które zostało udzielone liderowi przez uczestników konsorcjum z powołaniem się na art. 23 ust. 2 Pzp – do reprezentowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia oraz działania i podejmowania wszelkich czynności prawnych i faktycznych w imieniu i na rzecz całego konsorcjum, jak również w imieniu każdego z uczestników konsorcjum z osobna. W treści ww. pełnomocnictwa jego zakres został dookreślony, przez wskazanie poszczególnych czynności, które zostały wymienione - jako objęte pełnomocnictwem „w szczególności”.

Wśród wymienionych czynności, do których dokonania upoważnia pełnomocnictwo - w szczególności, nie zostało wskazane umocowanie do wnoszenia odwołania, jako niewątpliwie jednej z bardziej istotnych czynności podejmowanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Czynności określone w pkt b ww. pełnomocnictwa (pierwszy wiersz, druga strona dokumentu) nie obejmują czynności wnoszenia odwołania. Przykładowo podane w tym punkcie czynności, wskazują, iż należy je rozumieć wyłącznie jako czynności w postępowaniu przed zamawiającym.

Istotne znaczenie dla ustalenia zakresu ww. pełnomocnictwa ma fakt, iż w dniu 28 stycznia 2011 r. uczestnicy Konsorcjum udzielili liderowi Qumak – Sekom S.A. innego pełnomocnictwa, które umocowuje „do samodzielnego złożenia odwołania w imieniu Konsorcjum Qumak-Sekom S.A. na decyzję o odrzuceniu oferty niniejszego Konsorcjum z Postępowania”, a którego kopię odwołujący złożył do akt sprawy w toku posiedzenia. Fakt ten w ocenie Izby potwierdza, że wykonawcy udzielając Qumak – Sekom S.A. w dniu 2 listopada 2010 r. pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy, nie objęli tym pełnomocnictwem czynności wniesienia odwołania do KIO.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że pełnomocnictwo z dnia 2 listopada 2010 r. nie obejmuje umocowania Qumak-Sekom S.A. do wniesienia odwołania. Izba zważyła, że istotnym potwierdzeniem słuszności tej oceny jest okoliczność, że przed wniesieniem odwołania, w dniu 28 stycznia 2011 r. liderowi konsorcjum zostało udzielone odrębne pełnomocnictwo do wniesienia odwołania, które nie zostało do odwołania załączone. Zauważyć należy jednak, iż z treści pełnomocnictwa z dnia 28 stycznia 2011 r. wynika, że Qumak-Sekom S.A. nie posiada umocowania do udzielania dalszych pełnomocnictw do wniesienia odwołania, gdyż umocowanie takie nie zostało wyrażone w jego treści, zgodnie z art. 106 k.c.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, nieumocowany do wniesienia odwołania. Wskazać należy, iż w trybie art. 187 ust. 3 i ust. 7 Pzp możliwe jest uzupełnienie pełnomocnictwa do wniesienia odwołania w przypadku jego niezłożenia. Powyższy brak formalny podlega usunięciu w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania (§ 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280). Treść pełnomocnictwa złożonego zgodnie z § 4 ust. 2 ww. rozporządzenia podlega badaniu przez Izbę w toku posiedzenia niejawnego w ramach czynności formalnoprawnych i sprawdzających oraz na tym etapie nie podlega uzupełnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz § 3 pkt 1, § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....