

WYROK

z dnia 19 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Grzegorz Mazurek

Andrzej Niwicki

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19.09.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o. (lider), 40-857 Katowice, ul. Wolnego 12, ARCADIS Nederland B.V., 3812 Amersfoort, Pier Mondriaanlaan 26, ARCADIS Profil Sp. z o.o., Warszawa, ul. Puławska 182, Movares Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Świętojerska 5/7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu z dnia **14 sierpnia 2008 r.**

przy udziale **Pöyry Infra GmbH (lider), 79541 Lörrach, Röttelweiler 22, Pöyry Infra Sp. z o.o., 31-123 Kraków, ul. Krupnicza 5/1, DB International GmbH, 10365 Berlin, Bornitzstraße 73-75** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o. (lider), 40-857 Katowice, ul. Wolnego 12, ARCADIS Nederland B.V., 3812 Amersfoort, Pier Mondriaanlaan 26, ARCADIS Profil Sp. z o.o., Warszawa, ul. Puławska 182, Movares Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Świętojerska 5/7** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o. (lider), 40-857 Katowice, ul. Wolnego 12, ARCADIS Nederland B.V., 3812 Amersfoort, Pier Mondriaanlaan 26, ARCADIS Profil Sp. z o.o., Warszawa, ul. Puławska 182, Movares Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Świętojerska 5/7;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **xxx** na rzecz **xxx** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o. (lider), 40-857 Katowice, ul. Wolnego 12, ARCADIS Nederland B.V., 3812 Amersfoort, Pier Mondriaanlaan 26, ARCADIS Profil Sp. z o.o., Warszawa, ul. Puławska 182, Movares Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Świętojerska 5/7.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie dokumentacji przedprojektowej i projektowej dla zadania „Budowa połączenia kolejowego MPL „Katowice” w Pyrzowicach z miastami aglomeracji górnośląskiej, odcinek Katowice-Pyrzowice”* (numer referencyjny II Z3d-0812-

02/2008), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 105 pod pozycją 141034-2008.

W dniu 7 sierpnia 2008r. Zamawiający przekazał wykonawcą informacje o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu, Zamawiający wskazał, iż jeden z wykonawców został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż nie potwierdził spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a oferta drugiego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 106 k.c. W wyniku unieważnienia postępowania, protesty wnieśli obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

W dniu 14 sierpnia 2008 r. wpłynął do Zamawiającego protest wniesiony przez konsorcjum: Przedsiębiorstwo Projektowania, Realizacji i Wdrożeń BPK Katowice Sp. z o.o. (lider), ARCADIS Nederland B.V., ARCADIS Profil Sp. z o.o., Movares Polska Sp. z o.o., zwanego dalej Konsorcjum, na czynność unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Konsorcjum. Decyzji Zamawiającemu zarzucono brak oparcia w przepisach prawa. Podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum, wskazaną przez Zamawiającego było złożenie jej przez osobę wadliwie umocowaną, co skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. w zw. z art. 106 Kodeksu cywilnego. Reprezentujący, zgodnie z wypisem z rejestru, jednego z konsorcjantów firmę ARCADIS Nederland B.V., pełnomocnik Pan M. udzielił pełnomocnictwa liderowi Konsorcjum do reprezentowania podmiotu w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego pełnomocnik przekroczył zakres udzielonego mu pełnomocnictwa, gdyż wartość oferty przekraczała kwotę 2 500 000 euro, do której wysokości był uprawniony złożyć ofertę zgodnie z wpisem w rejestrze. W ocenie Protestującego, zapis w rejestrze członka Konsorcjum mógł wzbudzić wątpliwość, co jednak nie przesądza o braku umocowania lidera Konsorcjum do reprezentowania ARCADIS Nederland B.V. w postępowaniu i złożenia oferty. W pierwszej kolejności, Protestujący zaznaczył, iż Zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości co do zakresu umocowania pełnomocnika, zobowiązany był w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy wezwać wykonawcę do uzupełnienia odpisu z rejestru Izby Gospodarczej spółki lub wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu. Zamawiający nie zwrócił się do Wykonawcy o udostępnienie Regulaminu Pełnomocnictwa, z którego zapisów wynika, że osoby wymienione w odpisie z rejestru spółki, uprawnione są do powoływania dalszych pełnomocników. Ponadto, Protestujący podkreślił, iż umocowanie lidera Konsorcjum do działania w imieniu pozostałych członków Konsorcjum na dzień złożenia oferty wynikać mogło z innych dokumentów. Dodatkowo, Protestujący wskazał na brak podstaw zastosowania normy art. 106 k.c. w stosunku do pełnomocnictwa udzielonego przez spółkę

prawa holenderskiego, powołując się w tym zakresie na art. 12 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe stanowiącego, iż forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Brak w ustawie Prawo prywatne międzynarodowe przepisu szczególnego odnoszącego się do pełnomocnictwa oznacza, że prawo właściwe dla oceny pełnomocnictwa należy ustalać zgodnie z art. 12 tejże ustawy. Ponadto art. 106 K.c. nie powinien mieć zastosowania, gdyż upoważnienie posiadane przez pełnomocnika bliższe jest prokurze uregulowanej w art. 109¹-109⁹ kodeksu cywilnego. W ocenie Protestującego należało zastosować przepisy o zawarciu umowy bez umocowania oraz konwalidacji pełnomocnictwa na podstawie art. 104 k.c. Procedurę potwierdzenia pełnomocnictwa zawiera również powołany wyżej Regulamin Pełnomocnictwa, którego przedstawienia wbrew normy art. 26 ust. 3 i 4 Zamawiający Wykonawców nie wezwał. Na potwierdzenie upoważnienia lidera Konsorcjum do reprezentowania członków Konsorcjum, załączono do protestu pełnomocnictwo z dnia 1 lipca 2008r. dla Pana R.H.J. M. do działania w imieniu ARCADIS Nederland B.V. oraz wstępną umowę Konsorcjum z dnia 1 lipca 2008 r., w której w imieniu ARCADIS Nederland B.V. występuje prezes zarządu uprawniony do reprezentowania spółki bez ograniczeń i która w swojej treści zawiera upoważnienie dla lidera Konsorcjum do działania w imieniu jego członków. Wymienione dokumenty potwierdzają upoważnienie lidera Konsorcjum do działania w imieniu jego członków na dzień składania ofert, a ich uzupełnienie, jako dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dopuszczalne jest w każdym czasie. W związku z powyższymi okolicznościami Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2008r. oddalił przedmiotowy protest, uznając podniesione zarzuty za bezzasadne. Zgodnie ze złożonym odpisem z rejestru sądowego osoba udzielająca pełnomocnictwa liderowi Konsorcjum posiada tzw. pełnomocnictwo ograniczone do działania w imieniu spółki i jest upoważniona do podejmowania zobowiązań operacyjnych wraz ze składaniem ofert i podwykonawstwem prac do kwoty 2,5 mln Euro oraz do podejmowania innych czynności, których zakres jest zgodny z kategorią IB Regulaminu pełnomocnictwa tej spółki. Regulamin ten nie został Zamawiającemu przedłożony do wglądu wraz z ofertą, a treść pozostałej dokumentacji nie wskazuje na umocowanie Pana R.H.J M. do udzielenia pełnomocnictwa. Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 i 4 i wezwania do uzupełnienia wymaganych dokumentów lub też złożenia wyjaśnień. Dokumentu pełnomocnictwa nie można zaliczyć do kategorii dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czy też potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych

przez Zamawiającego. Konsekwencją takiego stanu faktycznego była konieczność potraktowania oferty Konsorcjum jako nieważnej i niezłożonej.

W dniu 29 sierpnia 2008r., Konsorcjum wniosło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał stanowisko przedstawione w proteście, zarzucając w szczególności naruszenie:

- art. 93 ust. 1 pkt 1 przez unieważnienie postępowania, pomimo złożenia co najmniej jednej oferty nie podlegającej odrzuceniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 106 k.c. przez odrzucenie oferty Konsorcjum,
- art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 przez zaniechanie zwrócenia się o uzupełnienie dokumentów i/lub wyjaśnień w zakresie dotyczącym przedłożonego odpisu z rejestru Izby Gospodarczej,
- art. 104 i 103 k.c. przez pominięcie możliwości konwalidowania czynności prawnych zdziałanych bez umocowania lub z jego przekroczeniem,
- art. 12 oraz art. 26 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, przez zaniechanie zastosowania przepisów prawa holenderskiego dla oceny pełnomocnictwa,
- art. 183 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu w zakresie zarzutów dotyczących zastosowania przepisów prawa holenderskiego oraz braku przesłanek do unieważnienia postępowania.
- art. 183 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie uwzględnienia protestu i powtórzenia oprotestowanych czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Konsorcjum.

W dniu 18 września 2008r. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło konsorcjum **Pöyry Infra GmbH (lider), 79541 Lörrach, Röttelweiler 22, Pöyry Infra Sp. z o.o., 31-123 Kraków, ul. Krupnicza 5/1, DB International GmbH, 10365 Berlin, Bornitzstraße 73-75**. Skład Orzekający Izby na posiedzeniu dopuścił do udziału Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Interes prawny Odwołującego potwierdza się w okoliczności żądania powtórzenia badania i oceny ofert. Przy potwierdzeniu zasadności zarzutów objętych odwołaniem, do

postępowania przywrócona zostałaby oferta Konsorcjum i tym samym upadłaby podstawa unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów merytorycznych Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dokonuje badania i oceny ofert na podstawie dokumentów przedkładanych wraz z ofertą. Do oferty Konsorcjum załączone zostały odpisy z rejestrów podmiotów tworzących Konsorcjum, a także pełnomocnictwa poszczególnych członków Konsorcjum dla Lidera. Pełnomocnictwo z dnia 3 lutego 2008r. do działania w imieniu ARCADIS Nederland BV podpisał R.H.J. M. Zgodnie z wypisem z rejestru handlowego Izby Gospodarczej nr 09036504, załączonego do oferty (str. 127), posiada on „pełnomocnictwo ograniczone; podejmowanie zobowiązań operacyjnych, wraz ze składaniem ofert i podwykonawstwa prac, o ile wiąże się z tym kwota maksymalnie EUR 2.500.000, i inny zakres czynności zgodny dla kategorii IB Regulaminu pełnomocnictwa Arcadis Nederland bv”. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie czynności wezwania do uzupełnienia odpisu z rejestru Izby lub złożenia wyjaśnienia dotyczącego dokumentu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie był upoważniony do wezwania Odwołującego się do uzupełnienia wypisu z rejestr, gdyż co sam przyznał Odwołujący w toku rozprawy, jest on nadal aktualny i nie dokonano w nim żadnych zmian. Zamawiający nie miał zatem podstaw wzywania Konsorcjum do uzupełnienia wypisu z rejestru handlowego Izby.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści załączonego wypisu z rejestru handlowego, Izba stwierdziła, iż jedyną konsekwencją tej czynności byłoby umożliwienie Konsorcjum potwierdzenia upoważnienia udzielonego dla lidera Konsorcjum, przez złożenie nowego pełnomocnictwa udzielonego Panu R.H.J M. przez Dyrektora ARCADIS Nederland B.V. w dniu 1 lipca 2008r, w którym podniesiono kwotę wskazaną w wypisie do 25 mln. Euro lub przedłożenie wstępnej umowy Konsorcjum z dnia 1 lipca 2008 r., w której w imieniu ARCADIS Nederland B.V. występuje prezes zarządu. Mając na uwadze, iż pełnomocnictwo, jak i umowa o współpracy zawarta pomiędzy konsorcjantami nie mieści się w kategorii dokumentów objętych dyspozycją przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp., Zamawiający nie mógłby na tej podstawie dokonać oceny oferty Konsorcjum. W toku badania Zamawiający ma obowiązek ustalić, czy osoba, która podpisała ofertę jest upoważniona do złożenia oferty w imieniu podmiotu. Skoro treść zapisu rejestru dotyczącego Pana M. nie budzi żadnych wątpliwości, jak również nie została podważona przez Odwołującego w toku rozprawy, Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania zakresu pełnomocnictwa. Wartość złożonej oferty opiewa na kwotę brutto przekraczającą 67 milionów złotych, co w

sposób oczywisty przekracza zakres umocowania Pana M. wskazany w rejestrze. W tym miejscu Izba przyznaje rację Odwołującemu się, iż Zamawiający winien ustalić, czy wskazana w wypisie z rejestru osoba posiada upoważnienie do udzielania substytucji, na podstawie Regulaminu pełnomocnictwa, na który wskazano wprost w wypisie z rejestru. Jeżeli zapisy regulaminu potwierdzają prawo udzielania dalszych pełnomocnictw, twierdzenie Zamawiającego o jego wyłączeniu nie znajdowałoby uzasadnienia. Odwołujący nie wykazał również że przedmiotowe pełnomocnictwo jest prokurą, w zakresie mieści się ustawowe uprawnienie ustalania dalszych pełnomocników. Gdyby nawet uznać za słuszne stwierdzenie że pełnomocnictwo jest zbliżone do prokury, to jednak z aktualnego wpisu w rejestrze wynika jego ograniczenie do konkretnej kwoty. Nie zmienia to jednak stanowiska Izby w przedmiocie niedopuszczalności uzupełnienia pełnomocnictwa, czy to przez złożenie nowego dokumentu, czy też potwierdzenie skuteczności działań pełnomocnika dokonanych z przekroczeniem zakresu pierwotnego umocowania.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*