

Sygn. akt KIO/UZP 1076/09

POSTANOWIENIE
z dnia 3 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 31 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zbigniewa Hrynkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Drogowe BAZALT Zbigniew Hrynkiewicz, Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne ALFA Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o., ul. Jagiełły 47a, 82-400 Sztum** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Sztum, ul. Mickiewicza 39, 82-400 Sztum** protestu z dnia 10 lipca 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Dekpol Sp. z o. o., ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zbigniewa Hrynkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Drogowe BAZALT Zbigniew Hrynkiewicz, Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne ALFA Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o., ul. Jagiełły 47a, 82-400 Sztum** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zbigniewa Hrynkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Drogowe BAZALT Zbigniew Hrynkiewicz, Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne ALFA Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o., ul. Jagiełły 47a, 82-400 Sztum,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zbigniewa Hrynkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Drogowe BAZALT Zbigniew Hrynkiewicz, Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne ALFA Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o., ul. Jagiełły 47a, 82-400 Sztum.**

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

Zamawiający - Gmina Sztum - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest "Przebudowa istniejącego bulwaru nad Jeziorem Sztumskim w Sztumie oraz przebudowa nawierzchni ulic, chodników i infrastruktury technicznej, budowa sieci kanalizacji deszczowej, małej architektury, zagospodarowanie terenów zieleni i budowa parkingów w Centrum miasta Sztum".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 247 - 329161 w dniu 19 grudnia 2008 r.

W dniu 2 lipca 2009 r. zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Dekpol Sp. z o. o. z siedzibą w Pinczynie. Wobec tej czynności protest (w dniu 13 lipca 2009r.) a następnie odwołanie (w dniu 27 sierpnia 2009 r. za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego) wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Zbigniew Hrynkiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Drogowe BAZALT Zbigniew Hrynkiewicz z siedzibą w Sztumie, Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne ALFA Sp. z o. o. z siedzibą w Kwidzynie oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. z siedzibą w Lidzbarku Warmińskim (Konsorcjum BAZALT).

Na posiedzeniu na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń pełnomocników stron, Izba ustaliła, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Zarówno protest, jak i odwołanie zostało podpisane w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego tworzących Konsorcjum BAZALT przez Zbigniewa Hrynkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Drogowe BAZALT Zbigniew Hrynkiewicz.

Do środków ochrony prawnej (protestu i odwołania) nie zostało załączone odrębne pełnomocnictwo. W ofercie Konsorcjum BAZALT znajduje się umowa konsorcjum z dnia 19 stycznia 2009 r. (str. 5 - 6 oferty), w której wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jako pełnomocnika wskazują Zbigniewa Hrynkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Drogowe BAZALT Zbigniew Hrynkiewicz z siedzibą w Sztumie.

§ 2 umowy konsorcjum stanowi:

1. Strony zgodnie ustanawiają pełnomocnika, który będzie reprezentował je w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – do zawarcia umowy o realizację robót włącznie.
2. Strony upoważniają pełnomocnika do składania i przyjmowania oświadczeń wobec Zamawiającego w imieniu uczestników konsorcjum, a także do otrzymywania należnych płatności.

W § 3 ust. 2 umowy strony wskazały, że dalsze uczestnictwo w procedurze przetargowej np. składanie protestów, podpisanie umowy o wykonawstwo przypisane jest również ustanowionemu w § 2 pełnomocnikowi.

Powołane postanowienia umowy konsorcjum są w ocenie Izby wystarczające do wniesienia w imieniu Konsorcjum BAZALT protestu. Postępowanie toczące się w wyniku wniesienia

protestu jest postępowaniem o charakterze sygnalizacyjno - reklamacyjnym toczącym się przed zamawiającym. Wniesienie protestu jest oświadczeniem złożonym zamawiającemu, do czego został umocowany lider konsorcjum w § 2 ust. 2 oraz § 3 ust. 2 umowy konsorcjum.

Cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nakazuje odwołać w zakresie pełnomocnictwa do przepisów kodeksu cywilnego (art. 98 i nast. k.c w zw. z art. 14 Pzp).

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą ukształtowana przez orzecznictwo sądów okręgowych zarówno wniesienie odwołania, jak i występowanie w postępowaniu odwoławczym wymagają pełnomocnictwa rodzajowego lub szczególnego.

Pełnomocnictwo rodzajowe powinno określać rodzaj (typ, grupę) na ogół powtarzalnych czynności prawnych, do których dokonywania został umocowany pełnomocnik oraz przedmiot tych czynności – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 1998 r. sygn. akt II CKN 866/97 – OSN 199, Nr 3 poz. 6.

W oparciu o przywołane stanowisko Sądu Najwyższego wskazać należy, że pełnomocnictwo umocowujące do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz dalszego uczestnictwa w procedurze przetargowej (do czego umocowany został w umowie pełnomocnik Konsorcjum BAZALT) jest niewystarczające do wniesienia odwołania.

Nawet jednak przy przyjęciu, że przywołane sformułowania umowy konsorcjum konstytuują pełnomocnictwo rodzajowe o bardzo szerokim zakresie, to przez sformułowanie użyte w § 2 ust. 2 umowy konsorcjum wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ograniczyli w sposób wyraźny umocowanie pełnomocnika do składania oświadczeń wyłącznie wobec zamawiającego.

Odwołanie wnosi się natomiast do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który po sprawdzeniu, że został uiszczony wpis przekazuje je Prezesowi Izby celem rozpoznania przez Izbę.

Izba stwierdziła, że umowa konsorcjum z dnia 19 stycznia 2009 r. nie umocowała pełnomocnika do wniesienia odwołania, zatem wniesione na jej podstawie odwołanie należy uznać za wniesione przez podmiot nieuprawniony do dokonania tej czynności.

Okoliczność, że umowa konsorcjum nie zawiera wystarczającej podstawy dla lidera konsorcjum do wniesienia odwołania została pośrednio przyznana przez odwołującego się, który na posiedzeniu wraz z pełnomocnictwem do występowania przed Izbą złożył nowe pełnomocnictwo konsorcjalne (w aktach sprawy, przy pełnomocnictwie do występowania przed Izbą) zawierające wyraźne umocowanie zarówno do wnoszenia środków ochrony

prawnej, jak i do reprezentacji w postępowaniu odwoławczym. Dokument ten nie był opatrzony datą i nie był we wcześniejszym toku postępowania złożony zamawiającemu. Izba uznała zatem, że wywiera on skutki prawne od dnia jego złożenia – daty posiedzenia. Dało to podstawę do dopuszczenia pełnomocnika odwołującego się do udziału w posiedzeniu.

Zgodnie z § § 1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań do odwołania dołącza się pełnomocnictwo, o ile zostało udzielone. Wynikający z przywołanego przepisu obowiązek dołączenia pełnomocnictwa należy interpretować jako konieczność dołączenia do odwołania pełnomocnictwa, gdy odwołanie wnosi podmiot nie posiadający wcześniejszego upoważnienia do dokonania tej czynności. W czasie posiedzenia Izba dysponuje oryginałem dokumentacji postępowania wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertami (§ 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Badanie zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, w tym uprawnienia do wniesienia odwołania, następuje z uwzględnieniem oryginalnej dokumentacji.

Odwołanie musi być wniesione przez podmiot, którego umocowanie do dokonania tej czynności wynika albo z dokumentów złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, albo z pełnomocnictwa dołączonego do odwołania – w sytuacji, gdy brak jest wcześniejszego umocowania do wniesienia odwołania. Brak formalny polegający na wniesieniu odwołania przez podmiot nieuprawniony nie może być konwalidowany przez złożenie nowego dokumentu po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Izba stwierdziła, że Pan Zbigniew Hryniewicz wnosząc odwołanie w imieniu Konsorcjum BAZALT nie był upoważniony do dokonania tej czynności.

Odrzucenie odwołania w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 187 ust. 4 Pzp jest obowiązkiem Izby, niezależnym stanowiska stron sporu. Brak podniesienia zarzutu nie zwalnia Izby z badania przesłanek art. 187 ust. 4 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp odrzuciła odwołanie orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 2 Pzp.

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

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....