

POSTANOWIENIE

z dnia 18 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 18 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

MDT Sp. z o.o. ul. Barcelońska 3/95, 02-762 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

PGE Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów S.A.

ul. Św. Barbary 3, Rogowiec, 97-400 Bełchatów

protestu z dnia 15 grudnia 2009 r.,

przy udziale: **Andrychowskiej Fabryki Maszyn AFM S.A. ul. Stefana Batorego 35, 34-120 Andrychów** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża MDT Sp. z o.o. ul. Barcelońska 3/95, 02-762 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **MDT Sp. z o.o. ul. Barcelońska 3/95, 02-762 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **MDT Sp. z o.o. ul. Barcelońska 3/95, 02-762 Warszawa.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup tokarki kłowej ciężkiej sterowanej numerycznie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 17 czerwca 2009 r. pod numerem 2009/S 114-165257. Wartość zamówienia wynosi 4.000.000 zł, tj. 1.031.698,95 euro, przekracza więc tzw. progi unijne.

W niniejszym postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło sześciu wykonawców, w tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MDT Sp. z o.o. oraz CNC-CBKO Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, którzy znaleźli się wśród wykonawców zakwalifikowanych do dalszego udziału w postępowaniu.

Zgodnie z dołączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pełnomocnictwem udzielonym przez CNC-CBKO Sp. z o.o. spółka MDT Sp. z o.o. została ustanowiona pełnomocnikiem do reprezentowania w postępowaniu i podpisania umowy, w szczególności do złożenia i podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dopuszczenia do udziału w negocjacjach), składania i podpisywania

wszelkich oświadczeń, potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentów, prowadzenia negocjacji i innych czynności w postępowaniu, złożenia (podpisania) oferty, bez możliwości udzielania dalszych pełnomocnictw.

W dalszym toku postępowania Zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenie do składania ofert wstępnych wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zaproszenie do negocjacji oraz zaproszenie do składania ofert wraz z poprawioną wersją specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

15 grudnia 2009 r. MDT Sp. z o.o. zwana dalej „Odwołującym” wniosła protest na treść ostatecznej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do którego przystąpienie zgłosili Fabryka Urządzeń Mechanicznych „Poręba” Sp. z o.o. – po stronie protestującego w zakresie punktu V.2. oraz Andrychowska Fabryka Maszyn AFM S.A. – po stronie Zamawiającego.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, zatem, zgodnie z dyspozycją art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznaje się go za oddalony.

Od tego rozstrzygnięcia 4 stycznia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu, przy wprowadzaniu zmian do specyfikacji istotnych warunków zamówienia po przeprowadzeniu negocjacji, naruszenie art. 59 ust. 1 i 2, art. 38 ust. 4b oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i uznanie zapisów punktów V.2. i V.4. ostatecznej wersji załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie w jakim zostały w tych punktach wprowadzone zmiany w stosunku do wersji pierwotnej tej specyfikacji za sprzeczne z ww. przepisami i nakazanie Zamawiającemu uchylenia lub zmiany tych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protestu i odwołania oraz oświadczeń złożonych podczas posiedzenia Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przy wykonawcach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia status wykonawcy przysługuje wszystkim tym wykonawcom wspólnie, a nie każdemu z nich, a zatem także środki ochrony prawnej nie mogą być wnoszone przez poszczególnych „konsorcjantów” pojedynczo, lecz wszystkich wspólnie.

Wynika to z definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiednio stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy, natomiast wykonawcą jest podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego lub złożył ofertę. W niniejszym postępowaniu wykonawcą są więc wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MDT Sp. z o.o. oraz CNC-CBKO Sp. z o.o., gdyż to te dwa podmioty wspólnie złożyły wniosek o dopuszczenie ich do udziału w postępowaniu i w taki sposób zostały dopuszczone. Nawet jeśli w kierowanych do nich kolejnych pismach Zamawiający nie zaznaczał tego faktu, posługując się wyłącznie nazwą MDT Sp. z o.o., nie zmienia to statusu tych podmiotów.

Jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie można również uznać za „inną osobę” uprawnioną do wniesienia środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które to pojęcie jest przypisywane głównie przedsiębiorcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, którzy nie stali się wykonawcami ze względu na to, że zostali przez zamawiającego pozbawieni możliwości udziału w postępowaniu – nie zostali jego uczestnikami np. ze względu na zastosowaną zamkniętą

procedurę udzielenia tego zamówienia, brak ogłoszenia o zamówieniu lub jego sformułowanie utrudniające albo uniemożliwiające wzięcie udziału w postępowaniu, względnie powodujące taki skutek sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tak np. J. Baehr, T. Czajkowski i inni *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III 2007 str. 506, P. Granecki *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2007 str. 400).

Jak wynika z treści protestu wniesionego do Zamawiającego 15 grudnia 2009 r. protestującym jest MDT Sp. z o.o. Wynika to zarówno z nagłówka pisma: „Wnoszący protest” jak i wstępu: „działając w imieniu MDT Sp. z o.o. w Warszawie zaskarżam niniejszym zapisy...”. Podobnie w odwołaniu: „Wnoszący odwołanie” jak we wstępie: „działając w imieniu MDT Sp. z o.o. w Warszawie wnoszę niniejszym odwołanie...”. Oba dokumenty zostały podpisane przez pana Jana W. – prezesa zarządu MDT Sp. z o.o., przy tym do żadnego z tych dokumentów nie zostało dołączone też pełnomocnictwo, które mogłoby wskazywać na działanie pana W. jako pełnomocnika.

Co prawda ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje kwestii działania pełnomocnika, jednak poprzez art. 14 odsyła do kodeksu cywilnego. W doktrynie prawa cywilnego natomiast istnieje ustalony pogląd, iż czynność prawna dokonana przez przedstawiciela tylko wtedy wywołuje skutki prawne bezpośrednio w sferze reprezentowanego, gdy przedstawiciel działa w imieniu reprezentowanego, przy czym w sposób wyraźny lub dorozumiany powinien on ujawnić, w jakiej roli występuje i w którym imieniu działa. Zasada jawności działania w charakterze przedstawiciela ma dwie strony: po pierwsze – oznacza oczekiwanie, iż przedstawiciel, dokonując czynności prawnej, ujawni, że działa w cudzym imieniu, po drugie zaś – oznacza wymaganie wskazania osoby, w imieniu której działa. Przedstawiciel nie musi więc wymieniać z imienia i nazwiska osoby lub nazwy podmiotu, w którego imieniu działa, wystarczy, że osoba ta jest dla osoby trzeciej (kontrahenta przedstawiciela) rozpoznawalna w świetle zachowania się przedstawiciela lub dzięki kontekstowi sytuacyjnemu, w którym to

zachowanie następuje, zarazem zaś z okoliczności tych wynika, iż czynność prawna dokonana jest w imieniu owej osoby (reprezentowanego), a wyklucza działanie przez przedstawiciela we własnym imieniu. W razie zatajenia przez „przedstawiciela” wobec osoby trzeciej tego, iż działa on w imieniu reprezentowanego, skutki dokonanej przez niego czynności prawnej nastąpią w jego sferze prawnej, a nie w sferze prawnej reprezentowanego. Wystąpi on wówczas w roli zastępcy pośredniego. (na podstawie: „System prawa prywatnego. T.2. Prawo cywilne – część ogólna” pod red. Zbigniewa Radwańskiego C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN Warszawa 2008 str. 505)

W przypadku niniejszego protestu pan Jan W. nie ujawnił, iż działa w imieniu mocodawcy – CNC-CBKO Sp. z o.o., przeciwnie – wyraźnie podkreślił, iż działa w imieniu MDT Sp. z o.o. Tym samym nie można uznać, iż fakt, że MDT Sp. z o.o. działała jako pełnomocnik, była dla odbiorcy zachowania – w tym przypadku Izby jednoznacznie rozpoznawalna w świetle zachowania się przedstawiciela, a kontekst sytuacyjny wykluczał działanie we własnym imieniu. Bowiem nawet w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez poszczególne podmioty może zdarzyć się, iż podmioty te przejawiają swoją wolę samodzielnie. Również w przedmiotowym przypadku CNC-CBKO Sp. z o.o. mogła nie być zainteresowana wniesieniem protestu i odwołania (co sugerował Przystępujący), a pełnomocnik, wiedząc o tym, nie działał w imieniu mocodawcy, lecz swoim własnym.

Jako że wniesienie protestu i odwołania są czynnościami jednostronnymi, nie można zastosować tu zasady interpretacji wynikającej z art. 65 § 2 kodeksu cywilnego stawiającej zamiar strony ponad jego zewnętrzny przejaw. Również posługując się wykładnią interpretacyjną zawartą w art. 65 § 1 kodeksu cywilnego nie można osiągnąć rezultatu w postaci uznania, iż odwołanie jest wniesione przez oba podmioty, gdyż okoliczności nie wskazują jednoznacznie i wyłącznie na jeden z możliwych kierunków rozumienia działania MDT Sp. z o.o., zwłaszcza biorąc pod uwagę powyżej przytoczone stanowisko dotyczące konieczności ujawnienia mocodawcy dla skuteczności działania pełnomocnika. Przy tym należy zwrócić uwagę, iż MDT Sp. z o.o.

wcale nie bronił stanowiska, iż występuje w imieniu obu spółek, stwierdzając jedynie, iż został zaproszony do składania ofert sam.

Tak więc w niniejszej sytuacji – wobec nieujawnienia mocodawcy – oświadczenie MDT Sp. z o.o. nie wywarło skutków prawnych w sferze prawnej CNC-CBKO Sp. z o.o., a więc wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym nie można uznać, że protest i odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MDT Sp. z o.o. i CNC-CBKO Sp. z o.o. W związku z powyższym niniejsze odwołanie nie zostało złożone przez podmiot uprawniony, podlega więc odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższych okoliczności, tj. ustalenia, iż MDT Sp. z o.o. działała we własnym imieniu, a nie CNC-CBKO Sp. z o.o., nie ma znaczenia ustalenie, czy treść pełnomocnictwa CNC-CBKO Sp. z o.o. uprawniałaby do wniesienia protestu i odwołania w imieniu tej spółki.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....