

Sygn. akt KIO/UZP 763/10

POSTANOWIENIE
z dnia 13 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Bogdan Artymowicz
Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 13 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26.04.2010 r. przez **Konsorcjum: Firma Produkcyjno – Usługowo – Handlowa BADERA Tadeusz Badera, Dalachów 354, 46-325 Rudniki; AZYMUT Spółka z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-400 Raszków, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MARYNOWSKI Jan Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200 Kluczbork oraz Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe GRALA Elżbieta Grala, ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław** protestu wniesionego w dniu 06.04.2010 r.,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

1. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Firma Produkcyjno – Usługowo – Handlowa BADERA Tadeusz Badera, Dalachów 354, 46-325 Rudniki; AZYMUT Spółka z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-400 Raszków, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MARYNOWSKI Jan Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200**

**Kluczbork oraz Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe GRALA Elżbieta Grala,
ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów**

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 **Konsorcjum: Firma Produkcyjno – Usługowo – Handlowa BADERA Tadeusz Badera, Dalachów 354, 46-325 Rudniki; AZYMUT Spółka z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-400 Raszków, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MARYNOWSKI Jan Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200 Kluczbork oraz Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe GRALA Elżbieta Grala, ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Firma Produkcyjno – Usługowo – Handlowa BADERA Tadeusz Badera, Dalachów 354, 46-325 Rudniki; AZYMUT Spółka z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-400 Raszków, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MARYNOWSKI Jan Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200 Kluczbork oraz Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe GRALA Elżbieta Grala, ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa „bieżącego utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu Wołów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 28.01.2010 r. oraz opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 02.02.2010 r. pod Nr 2010/S 22-030920.

Tym samym Izba ustaliła, iż wszczęcie przedmiotowego postępowania nastąpiło w dniu 28.01.2010 r.

Izba ustaliła ponadto, iż protest oraz odwołanie dotyczą zadania nr 4 (części nr 4).

W dniu 01.04.2010 r. Odwołujący otrzymał wezwanie Zamawiającego m. in. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego dla wskazanych w piśmie osób (Tadeusz Badera oraz Elżbiety Grała) lub do udowodnienia, że Wykonawca nie może złożyć ww. dokumentów z przyczyn niezależnych od niego.

W dniu 06.04.2010 r. Odwołujący wniósł pismem datowanym na dzień 03.04.2010 r. protest dotyczący czynności wezwania przez Zamawiającego Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (punkt 1 pisma Zamawiającego z dnia 31.03.2010 r.). Wezwanie obejmowało aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla wskazanych w piśmie osób (Tadeusz Badera oraz Elżbieta Grała) lub do udowodnienia, że Wykonawca nie może złożyć ww. dokumentów z przyczyn niezależnych od niego. Protest został podpisany przez Tadeusza Badera. Zgodnie z załączonym do oferty Odwołującego się Konsorcjum pełnomocnictwem z dnia 10.03.2010 r. wykonawca Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa BADERA Tadeusz Badera, Dalachów 354, 46-325 Rudniki – członek Konsorcjum został ustanowiony pełnomocnikiem podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym m. in. do składania środków ochrony prawnej. Pełnomocnictwo nie uprawniało umocowanego do udzielania dalszych pełnomocnictw.

W dniu 16.04.2010 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie.

W dniu 26.04.2010 r. (data stempla pocztowego operatora publicznego) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołanie zostało podpisane przez panią Kingę K. – adwokata na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21.04.2010 r. udzielonego przez F.P.H.U. BADERA Tadeusz Badera. Z treści przedmiotowego pełnomocnictwa wynika również, iż udzielający pełnomocnictwa działa w imieniu wykonawcy Firmy Produkcyjno-Uslugowo-Handlowej BADERA w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz upoważnia panią Kingę K. – adwokata do wniesienia odwołania oraz do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu.

Na etapie posiedzenia Odwołujący przedłożył pełnomocnictwo z dnia 24.04.2010 r. udzielone na rzecz F.P.H.U. BADERA Tadeusz Badera i ustanawiającego tego ostatniego pełnomocnikiem Konsorcjum podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania pozostałych członków Konsorcjum, tj.: AZYMUT Spółka z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-400 Raszków, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MARYNOWSKI Jan Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200 Kluczbork oraz Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe GRALA Elżbieta Grała,

ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów. Z treści przedłożonego na etapie posiedzenia pełnomocnictwa z dnia 24.04.2010 r. wynika, iż F.P.H.U. BADERA Tadeusz Badera jest upoważniony m. in. do składania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, w tym reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się do o udzielenie zamówienia w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, reprezentowania przed Sądem Okręgowym oraz udzielania dalszych pełnomocnictw do składania środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie Pzp i reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz reprezentowania przez Sąd Okręgowym.

Jednocześnie pełnomocnik Odwołującego – pani Kinga K. złożył w toku posiedzenia oświadczenie, iż pełnomocnictwo załączone do odwołania posiada błędną datę tj. 21.04.2010 r. zamiast daty 24.04.2010 r.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W niniejszym postępowaniu ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia działający w ramach Konsorcjum: Firma Produkcyjno – Usługowo – Handlowa BADERA Tadeusz Badera, Dalachów 354, 46-325 Rudniki; AZYMUT Spółka z o.o., ul. Ostrowska 14, 63-400 Raszków, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MARYNOWSKI Jan Marynowski, ul. Gazowa 1, 46-200 Kluczbork oraz Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe GRALA Elżbieta Grala, ul. Młyńska 5, 63-604 Baranów.

Pełnomocnikiem Konsorcjum został ustanowiony pan Tadeusz Badera prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno – Usługowo – Handlowa BADERA Tadeusz Badera, Dalachów 354, 46-325 Rudniki na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10.03.2010 r. złożonego wraz z ofertą Konsorcjum.

Protest został złożony w dniu 06.04.2010 r. (pismo z dnia 03.04.2010 r.) podpisany przez pana Tadeusza Badera. Z treści protestu wynika, iż składa go wykonawca Tadeusz Badera prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa BADERA – pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołanie została nadane w dniu 26.04.2010 r. w placówce pocztowej operatora publicznego i podpisane przez panią Kingę K. – adwokata na podstawie załączonego wraz z odwołaniem pełnomocnictwa z dnia 21.04.2010 r. Z treści ww. pełnomocnictwa wynika, iż udzielający pełnomocnictwa (F.P.H.U. BADERA Tadeusz Badera) działa w imieniu wykonawcy Firmy Produkcyjno-Uslugowo-Handlowej BADERA w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz upoważnia panią Kingę K. – adwokata do wniesienia odwołania oraz do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp jest sytuacja, w której protest lub odwołanie składa podmiot nieuprawniony. Izba ustaliła, iż wnoszącym odwołanie jest pani Kinga K. – adwokat działająca na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez ustanowionego pełnomocnika Konsorcjum, które w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyło ofertę. Nie ulega wątpliwości, iż zakres umocowania pełnomocnika musi wynikać z treści pełnomocnictwa. Jest to wynikiem zarówno zasady pisemności postępowania wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, jak również ogólnych reguł dotyczących oświadczeń woli wskazanych w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.

W orzecznictwie przyjmuje się, iż brak uprawnienia do wnoszenia danego środka ochrony prawnej, dotyczy zarówno sytuacji, w której protest bądź odwołanie składane są przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika protestującego czy odwołującego się, jak też okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniach protestacyjnych, gdyż sam jest podmiotem do powyższego nieuprawnionym.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 184 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się od rozstrzygnięcia protestu. Z powyższego wynika, iż byt prawny odwołania jest ściśle związany

z istnieniem protestu, stanowiąc kolejny etap na drodze korzystania ze środków ochrony prawnej. W związku z powyższym nie ulega wątpliwości, iż stanowiąc kontynuację procedury odwoławczej, wnoszone musi być przez podmiot tożsamy.

Udzielnie pełnomocnictwa substytucyjnego przez lidera lub pełnomocnika konsorcjum musi mieć swoje normatywne lub umowne podstawy. W tym zakresie w oparciu o dokumentację postępowania Izba ustaliła, iż z treści pełnomocnictwa z dnia 10.03.2010 r. załączonego wraz z ofertą Odwołującego się konsorcjum nie można wywieść prawa pełnomocnika do udzielania i ustanawiania dalszych pełnomocników. Tym samym Izba stoi na stanowisku, iż udzielenie pełnomocnictwa substytucyjnego zmierzającego do ustanowienia dalszego pełnomocnika, oraz wniesienie odwołania przez panią Kingę K. dokonane zostało z przekroczeniem umocowania. Na podstawie art. 106 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ustawy Pzp należy wskazać, iż 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. Biorąc pod uwagę, iż wniesienie odwołania jest czynnością wykonawcy przedsiębraną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego art. 106 ustawy Kodeks cywilny ma zastosowanie wprost, gdyż żaden z przepisów ustawy Pzp w tym zakresie nie zawiera odmiennego uregulowania.

Wskazany art. 106 ustawy Kodeks cywilny reguluje odstępstwo od zasady, iż działanie w imieniu innego podmiotu musi mieć swoje normatywne umocowanie oraz że pomiędzy mocodawcą a umocowanym istnieje pewna więź wynikająca z wzajemnego zaufania. Wszakże, jak wynika z powyższego przepisu, zasadą jest, że bez wyraźnego upoważnienia niedopuszczalne jest przenoszenie umocowania przez pełnomocnika na inną osobę. Ustanowienie substytutu rodzi stosunek bezpośredni pomiędzy nim a mocodawcą i staje się on pełnomocnikiem mocodawcy, nie zaś pełnomocnikiem osoby, które udzieliła mu bezpośrednio pełnomocnictwa. Tym samym wszystkie czynności dokonywane przez kolejnego pełnomocnika odnoszą skutek prawny bezpośrednio dla mocodawcy. Wynika to z art. 95 § 2 ustawy Kodeks cywilny, który stanowi, że czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Z powyższej normy prawnej wynika także inny skutek, iż czynność prawna dokonana z przekroczeniem umocowania skutków takich nie pociąga, tym samym uznać ją należy na gruncie przepisów ustawy Kodeks cywilny za bezskuteczną. Należy ponadto zwrócić uwagę na art. 104 ustawy Kodeks cywilny, który stanowi, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Jednakże w odniesieniu do czynności wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania ustawa Pzp, w związku z art. 14, który stanowi, że 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.) zawiera odmienne uregulowanie i tym samym zastosowanie będzie miał w przedmiotowym stanie faktycznym przepis szczególny w postaci art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższy przepis nakazuje Izbie odrzucić odwołanie, jeżeli zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, np. w przypadku gdy osoba wnosząca odwołanie w cudzym imieniu działała bez umocowania.

Prawidłowość oceny przedmiotowej sprawy potwierdza również okoliczność, że z treści pełnomocnictwa z dnia 21.04.2010 r. dołączonego wraz z odwołaniem i ustanawiającego pełnomocnikiem panią Kingę K. - adwokata w żaden sposób nie wynika, iż podmiot udzielający pełnomocnictwa działa w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wręcz przeciwnie, jako stronę postępowania (Odwołującego się) wskazano jedynie wykonawcę Firma-Produkccyjno-Usługowo-Handlowa BADERA. Z tego określenia nie wynika, iż udzielający pełnomocnictwa działa w imieniu Konsorcjum.

Dołączenia na etapie posiedzenia przez Odwołującego pełnomocnictwa z dnia 24.04.2010 r. ustanawiającego jako pełnomocnika Odwołującego się konsorcjum F.P.H.U. BADERA Tadeusz Badera z prawem udzielania dalszych pełnomocnictw nie ma, zdaniem Izby, żadnego wpływu na właściwe umocowanie osoby, która podpisała odwołanie. Wszakże odwołanie zostało podpisane przez osobę umocowaną na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21.04.2010 r. a więc przed udzieleniem przez Odwołujące się Konsorcjum drugiego z pełnomocnictw, tym razem z prawem substytucji. Tym samym w dacie udzielenia pełnomocnictwa, tj. w dniu 21.04.2010 r. F.P.U.H. BADERA Tadeusz Badera nie był uprawniony do ustanawiania kolejnych pełnomocników. Powyższe wynika wprost z daty udzielenia obu pełnomocnictw. Jednostronna czynność prawna, jaką jest udzielenie pełnomocnictwa, wywołuje skutki na przyszłość (*pro futuro*). Z treści pełnomocnictwa z dnia 24.04.2010 r. nie wynika bowiem, aby jego skuteczność została rozciągnięta na czynności mające swoje miejsce w przeszłości

Zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Rodzaj i formę pełnomocnictwa określają przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny. Co do zasady wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w formie pisemnej. Zgodnie z art. 99 § 1 ustawy Kodeks cywilny jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Brak umocowania do ustanawiania kolejnych pełnomocników przez pełnomocnika Konsorcjum w dniu

21.04.2010 r. (tj. w dniu udzielenia pełnomocnictwa na rzecz pani Kingi K.) stanowi podstawę do uznania, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zdaniem Izby bez wpływu na powyższe ma oświadczenie złożone w toku posiedzenia przez panią Kingę K., że w dokumencie pełnomocnictwa znajduje się błędna data. Po pierwsze pełnomocnictwo z dnia 21.04.2010 r. zostało udzielone przez pana Tadeusza Badera, zatem brak jest podstaw do modyfikowania jego treści przez osoby trzecie. Ponadto powyższe twierdzenie zostało złożone wbrew treści dokumentu i tym samym ciężar udowodnienia faktów, z których strona wywodzi skutki prawne spoczywa na tej stronie – w tym wypadku Odwołującym. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swojego twierdzenia w tym zakresie.

Zdaniem Izby z okoliczności sprawy jasno wynika, iż odwołanie wniesione w dniu 26.04.2010 r. zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy, który złożył w dniu 06.04.2010 r. (pismem z dnia 03.04.2010 r.) protest, a więc uznać należy, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 ze 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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....