

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 21 listopada 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, w dniu 21 listopada 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 7 listopada 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MERX sp. z o.o., ul. Stanisława Bukowskiego 1/40; 15-066 Białystok, T4B sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15; 04-036 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Kontroli Skarbowej w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B; 02-677 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Erekta Budownictwo Sp. z o.o., ul. Kostki Potockiego 2b/39, 02-958 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MERX sp. z o.o., ul. Stanisława Bukowskiego 1/40; 15-066 Białystok, T4B sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15; 04-036 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MERX sp. z o.o., ul. Stanisława Bukowskiego 1/40; 15-066 Białystok, T4B sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15; 04-036 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do treści art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., Nr 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Kontroli Skarbowej w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B; 02-677 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dokończenie przebudowy budynku przy ul Jagiellońskiej 55 w Warszawie na siedzibę Urzędu Kontroli Skarbowej w Warszawie*”.

Zamawiający dnia 30 października 2014 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dnia 7 listopada 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MERX sp. z o.o., ul. Stanisława Bukowskiego 1/40; 15-066 Białystok, T4B sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15; 04-036 Warszawa (dalej „*Odwołujący lub konsorcjum Merx*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Dnia 14 listopada 2014 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawca Erekt Budownictwo Sp. z o.o., ul. Kostki Potockiego 2b/39, 02-958 Warszawa.

Zamawiający dnia 18 listopada 2014 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Ponadto zamawiający, jak i przystępujący na posiedzeniu złożyli wnioski o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, iż zakres pełnomocnictwa udzielonego „liderowi” konsorcjum (pełnomocnikowi) nie upoważniał go do wniesienia odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone przepisem art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu Izba ustaliła, że odwołanie podpisał radca prawny Bartosz Kaczmarski, działający z substytucji radcy prawnej K. Z. Z.-S. .

Z treści odwołania wynika, że odwołujący, uczestniczący w postępowaniu w ramach konsorcjum, ustanowił pełnomocnika konsorcjum (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), tj. MERX sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (str. 3 odwołania). Odwołujący podał, że pełnomocnik konsorcjum upoważniony jest, cyt. „do reprezentowania Konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 października 2014 r., znajdującego się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia. Pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do działania w imieniu Konsorcjum we wszystkich sprawach związanych z postępowaniem o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym prowadzeniem *„wszelkiej korespondencji związanej z postępowaniem, w tym ewentualnymi postępowaniami odwoławczymi”*”.

Izba ustaliła, iż do przedmiotowego odwołania zostało załączone ww. „Pełnomocnictwo Konsorcjum” z dnia 16 października 2014 r., które potwierdza przytoczoną przez odwołującego treść pełnomocnictwa.

Do odwołania odwołujący załączył również:

- 1) pełnomocnictwo z dnia 6 listopada 2014 roku, udzielone radcy prawnemu K. Z. Z.-S. działającej w ramach Kancelarii Radców Prawnych B. i Partnerzy z siedzibą w Białymstoku, przez Prezesa Zarządu MERX sp. z o.o. – p. P. P. T.,
- 2) substytucję z dnia 7 listopada 2014 roku, udzieloną radcy prawnemu B. K. przez radcę prawną K. Z. Z.-S. .

Ponadto odwołujący, działając samodzielnie, pismem z dnia 12 listopada 2014 roku (data wpływu do KIO – 14 listopada 2014 roku) złożył pismo, w którym wskazał, że cyt. *„ponownie składam dokumenty potwierdzające spełnianie przesłanej formalnych wniesionego odwołania.”* Do przedmiotowego pisma odwołujący załączył, m.in. „Pełnomocnictwo Konsorcjum” z dnia 6 listopada 2014 roku, którego treść została zmieniona w odniesieniu do treści „Pełnomocnictwa Konsorcjum” z dnia 16 października 2014 roku, poprzez dopisanie w ustępie drugim sformułowania „w tym do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie czynności w nim określonych.”.

Powyższe powoduje uznanie, że odwołujący skorygował treść pierwotnie powoływanego w odwołaniu pełnomocnictwa (16.10.2014 r.), ustalając jego nową, prawidłową treść (6.11.2014 r.).

Biorąc pod uwagę wyżej ustalony stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na mocy przepisu art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Stwierdzając powyższe, Izba wzięła pod uwagę i oceniła treści pełnomocnictw ustanowionych w sprawie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zostało wniesione przez osobę (podmiot) do tych czynności nieupoważnioną (nieuprawnioną). Jak wynika bowiem z treści pełnomocnictwa z dnia 16 października 2014 roku (pełnomocnictwo konsorcjum), jak i z treści pełnomocnictwa z 6 listopada 2014 roku (pełnomocnictwo konsorcjum), lider konsorcjum (pełnomocnik) został umocowany do szeregu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem, cyt. „(...) *Jednocześnie upoważnia się Lidera do prowadzenia wszelkich spraw związanych z niniejszym postępowaniem, w szczególności złożeniem oferty, podpisaniem umowy, prowadzeniem wszelkiej korespondencji związanej z postępowaniem, w tym ewentualnym postępowaniem odwoławczym, w tym do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie czynności w nim określonych.*”.

Tym samym uznać należało, iż lider konsorcjum umocowany został do wykonywania następujących czynności:

- złożenia oferty,
- podpisania umowy,
- prowadzenia wszelkiej korespondencji związanej z postępowaniem, w tym ewentualnym postępowaniem odwoławczym,
- prowadzenia wszelkiej korespondencji związanej z postępowaniem, w tym do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie czynności w nim określonych.

W związku z powyższym uznać należało, że Lider konsorcjum nie został umocowany do wniesienia odwołania. Nie można bowiem przyjąć twierdzenia odwołującego, że umocowanie do prowadzenia wszelkiej korespondencji związanej ewentualnym postępowaniem odwoławczym upoważnia Lidera do wniesienia odwołania. Istotnym jest bowiem rozróżnienie czynności dotyczącej uprawnienia do prowadzenia korespondencji od czynności dotyczącej wniesienia środka ochrony prawnej, jakim jest niewątpliwie odwołanie. Nadto na uwagę zasługuje okoliczność, iż pełnomocnik wskazał na ewentualność prowadzenia korespondencji w postępowaniu odwoławczym, czyli udzielając rzeczonoego pełnomocnictwa nie wyrażał zgody (co bezpośrednio wynika z ostatniego akapitu pełnomocnictwa – obopólna bezwzględna zgoda współkonsorcjantów) na wniesienie samego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że Lider konsorcjum, w sposób nieuprawniony rozszerzył zakres własnego pełnomocnictwa, udzielając pełnomocnictwa dalszego o czynności niewchodzące w zakres pierwotnego pełnomocnictwa, tj. o czynności reprezentowania przez pełnomocnika dalszego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Skutkiem powyższych wadliwych czynności jest uznanie, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tych czynności nieupoważniony (nieuprawniony).

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż pełnomocnictwo do wniesienia odwołania jest pełnomocnictwem rodzajowym, określającym umocowanie do tego rodzaju czynności prawnej (art. 98 k.c.), której pełnomocnik może dokonać (vide: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2012 roku, sygn. akt KIO 35/12, gdzie Izba wskazała, że *„Nadal aktualnym jest bowiem utrwalone stanowisko orzecznictwa i doktryny, że do wniesienia odwołania jako czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe lub szczególne (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10.06.2008 r., sygn. akt: XII Ga 159/08, czy też wyrok KIO z dnia 18.12.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1636/09). Wskazać należy, że do udzielenia pełnomocnictwa w sprawach związanych z postępowaniem o zamówienie publiczne zastosowanie znajdują przepisy KC. Bezsprzecznie bowiem w odniesieniu do czynności wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, Pzp, w związku z art. 14, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy KC, zawiera odmienne uregulowanie i tym samym zastosowanie będzie miał w przedmiotowym stanie faktycznym przepis szczególny w postaci art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Do wniesienia odwołania wymagane jest pełnomocnictwo, co najmniej rodzajowe w rozumieniu przepisów art. 98 Kc. (...). Pełnomocnictwo rodzajowe w swojej treści musi wskazywać, że udzielający pełnomocnictwa mocodawca upoważnił pełnomocnika do podpisania i wniesienia odwołania kierowanego do Krajowej Izby Odwoławczej. W pełnomocnictwie rodzajowym musi być wskazane konkretne postępowanie o zamówienie publiczne, którego pełnomocnictwo dotyczy. W treści przywołanego pełnomocnictwa zawarte są sformułowania o takim poziomie ogólności, że w ocenie Izby jego uznanie stanowiłoby działanie zbyt daleko idące, tym bardziej, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest żadnym ze wskazanych w sposób bardzo ogólny organem, w szczególności należy podkreślić, iż nie jest organem administracji (konsekwentne i niezmiennie stanowisko Izby), lecz organem orzekającym innym niż sąd. Powyższe wymogi dotyczą również sytuacji, w których mocodawca udziela pełnomocnictwa w celu złożenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, zgodnie z możliwością przewidzianą w art. 185 Pzp. Czynność przystąpienia do postępowania odwoławczego również wymaga pełnomocnictwa rodzajowego.”.*

Izba wskazuje, iż w trybie określonym art. 187 ust. 3 i ust. 7 Pzp możliwe jest uzupełnienie przez stronę pełnomocnictwa do wniesienia odwołania jedynie w przypadku jego niezłożenia (braku) wraz z odwołaniem. Powyższy brak formalny podlega usunięciu w terminie 3 dni, pod rygorem zwrotu odwołania, na podstawie § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964). Przepis powyższy jednoznacznie wskazuje, iż wezwanie do usunięcia braków formalnych odwołania ma m.in. zastosowanie w sytuacji, gdy odwołanie

„nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2” ww. rozporządzenia. Pełnomocnictwo nie podlega zatem uzupełnieniu wówczas, gdy dokument pełnomocnictwa został załączony do odwołania, ale nie potwierdza umocowania do reprezentowania odwołującego. Prawdliwość umocowania danej osoby (podmiotu) do wniesienia odwołania podlega badaniu przez Izbę w toku posiedzenia niejawnego w ramach czynności formalnoprawnych i sprawdzających. Stwierdzenie przez Izbę, iż z treści pełnomocnictwa załączonego do odwołania nie wynika, że podmiot, który wniósł odwołanie jest prawidłowo umocowany przez stronę, stanowi przesłankę do odrzucenia odwołania (art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp).

Powyższą tezę potwierdził Sąd Okręgowy w Łodzi, X Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 4 czerwca 2012 roku, sygn. akt X Ga 216/12, który stwierdził, że *„Wykładnia literalna i systemowa przepisu art. 187 ust 3 p.z.p. w połączeniu z zasadą racjonalnego prawodawcy sprawiają, że interpretacja przedstawiona w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia daje się obronić. Nie sposób bowiem założyć, aby w tym samym akcie prawnym ustawodawca wyłącznie przez niedbalstwo legislacyjne w jednym miejscu (art. 26 ust. 3 p.z.p.) odróżniał sytuację polegającą na nie złożeniu pełnomocnictwa od sytuacji polegającej na złożeniu wadliwego pełnomocnictwa, a w innym (art. 187 ust. 3 p.z.p) rozróżnienia takiego nie uczynił uznając, że pod pojęciem braku pełnomocnictwa mieści się też sytuacja polegająca na wadliwym pełnomocnictwie. Przepis art. 187 ust. 3 p.z.p. wymienia trzy grupy braków formalnych, które mogą zostać uzupełnione w drodze wezwania przez Prezesa Izby, przy czym sformułowanie „w szczególności” odnosi się wyłącznie do warunków, o których mowa w art. 180 ust. 3 p.z.p. Oznacza to, że inne braki zostały wymienione wyczerpująco. Skoro więc w wymienionym przepisie nie został wymieniony brak polegający na wadliwym pełnomocnictwie to, nie podlega on procedurze, o której mowa w art. 187 ust. 3. p.z.p. (odpowiednio §9 w związku z § 4 ust 2 pkt 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r.). Rozwiązanie takie jest racjonalne jeśli wziąć pod uwagę fakt, że pełnomocnictwo do wniesienia odwołania jest pełnomocnictwem rodzajowym, określającym umocowanie do tego rodzaju czynności prawnej, której pełnomocnik może dokonać (art. 98 k.c.) Ustawodawca słusznie założył racjonalność działania uczestników postępowania przetargowego, a w szczególności, że w przypadku udzielenia pełnomocnictwa ogólnego mocodawca zdaje sobie sprawę z jego ograniczeń, a wolą jego jest podejmowanie przez pełnomocnika tylko czynności tzw. zwykłego zarządu. Wniesienie odwołania przekracza takie umocowanie. Skoro więc brak jest podstaw do kwestionowania woli mocodawcy to również brak jest podstaw do żądania złożenia pełnomocnictwa rodzajowego. Inna sytuacja zachodzi w przypadku, gdy do odwołania nie jest w ogóle dołączone pełnomocnictwo. W takim sytuacji nie można z góry założyć, że pełnomocnik przekracza umocowanie, dlatego zasadne jest żądanie uzupełnienia braków formalnych odwołania przez złożenie pełnomocnictwa.”*

Na ww. wykładnię literalną przepisu art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, wskazał również Sąd Okręgowy w Katowicach, XIX Wydział Gospodarczy, w wyroku z dnia 11 sierpnia 2014 roku, sygn. akt XIX Ga 385/14, w którym sąd wskazał, iż „(...) metoda wykładni gramatycznej nie jest jedyną metodą ustalania znaczenia norm prawnych, choć zasadniczą.”

Skoro zatem zarówno Sąd Okręgowy w Łodzi, jak i Sąd Okręgowy w Katowicach potwierdzają konieczność zastosowania, jako podstawowej, wykładni literalnej (gramatycznej) dla odtworzenia przepisu art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, to Izba przyjmując powyższe za kierunek rozumienia omawianego przepisu nie mogła przyjąć innego stanowiska, jak tylko takiego, które skutkowało odrzuceniem odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....