

Sygn. akt: KIO/UZP 16/07,

KIO/UZP 30/07

WYROK

z dnia 04 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* **03.01.2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **19.12.2007 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., SCETAURROUTE S.A. reprezentowanej przez SCETAURROUTE Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, Warszawa, ul. Puławska 182,**
B Konsorcjum: Scott Wilson Ltd reprezentowanej przez Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, Inwestycje, Budownictwo, Handel „INWEST-COMPLEX” Sp. z o.o., MBI – Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa, ul. Żelazna 59** protestów:

- A Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., SCETAURROUTE S.A. reprezentowanej przez SCETAURROUTE Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, Warszawa, ul. Puławska 182 z dnia 19.11.2007r.**
B Konsorcjum: Scott Wilson Ltd reprezentowanej przez Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, Inwestycje, Budownictwo, Handel „INWEST-COMPLEX” Sp. z o.o., MBI – Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17 z dnia 16.11.2007r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego: ~~po stronie odwołującego się, oraz~~

- Konsorcjum: **ARCADIS Profil Sp. z o.o., Mott MacDonald Limited, Warszawa, ul. Puławska 182,**

po stronie zamawiającego,

- Konsorcjum: **Scott Wilson Ltd reprezentowanej przez Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, Inwestycje, Budownictwo, Handel „INWEST-COMPLEX” Sp. z o.o., MBI – Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17**

częściowo po stronie Zamawiającego oraz częściowo po stronie Odwołującego się konsorcjum: **EGIS Poland Sp. z o.o., SCETAUROUTE S.A. reprezentowanej przez SCETAUROUTE Spółka Akcyjna Oddział w Polsce.**

orzeka:

1. Oddała oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża

- Konsorcjum: **EGIS Poland Sp. z o.o., SCETAUROUTE S.A. reprezentowanej przez SCETAUROUTE Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, Warszawa, ul. Puławska 182,**

- Konsorcjum: **Scott Wilson Ltd reprezentowanej przez Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, Inwestycje, Budownictwo, Handel „INWEST-COMPLEX” Sp. z o.o., MBI – Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., SCETAUROUTE S.A. reprezentowanej przez SCETAUROUTE Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, Warszawa, ul. Puławska 182**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Scott Wilson Ltd reprezentowanej przez Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, Inwestycje, Budownictwo, Handel „INWEST-COMPLEX” Sp. z o.o., MBI – Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

- A** kwoty 1800 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., SCETAUROUTE S.A. reprezentowanej przez SCETAUROUTE Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, Warszawa, ul. Puławska 182** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa, ul. Żelazna 59** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego
- B** kwoty 1800 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Scott Wilson Ltd reprezentowanej przez Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, Inwestycje, Budownictwo, Handel „INWEST-COMPLEX” Sp. z o.o., MBI – Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa, ul. Żelazna 59** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 0 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17968 zł 0 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., SCETAUROUTE S.A. reprezentowanej przez SCETAUROUTE Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, Warszawa, ul. Puławska 182**
- B** kwoty 17968 zł 0 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Scott Wilson Ltd reprezentowanej przez Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, Inwestycje, Budownictwo, Handel „INWEST-COMPLEX” Sp. z o.o., MBI – Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rejtana 17.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zarządzanie projektem Funduszu Spójności GDDKIA/BURI/2007/N/8/FS/KA w zakresie budowy autostrady A1 na odcinku Pyrzowice – Sośnica, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót. O wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający poinformował wykonawców faksem w dniu 12 listopada 2007 r. (pismo z dnia 9 listopada 2007 r.).

Na ww. czynność Zamawiającego w dniu 16 listopada 2007 r. protest wniosło konsorcjum Scott Wilson Ltd reprezentowanej przez Scott Wilson Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce, Inwestycje, Budownictwo, Handel INWEST – COMPLEX Sp. z o.o. i MBI – Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o. *zwane dalej konsorcjum Scott Wilson Ltd.*

Na czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej protest złożyło również w dniu 19 listopada 2007 r. konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. i SCETAUROUTE S.A. reprezentowanej przez SCETAUROUTE Spółka Akcyjna Oddział w Polsce *zwanego dalej konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o.*

Protesty zostały złożone z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 20 listopada 2007 r. konsorcjum ARKADIS Profil Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited *zwane dalej konsorcjum ARCADIS Profil Sp. z o.o.* zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestów przez konsorcjum Scott Wilson Ltd oraz konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego.

W dniu 23 listopada 2007 r. konsorcjum Scott Wilson Ltd złożyło przystąpienie do postępowania protestacyjnego toczącego się w wyniku protestu konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. częściowo po stronie konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. (w zakresie zarzutów od 1 do 3 protestu) oraz częściowo po stronie Zamawiającego (w zakresie zarzutu 4 protestu).

Zamawiający w dniu 29 listopada 2007 r.:

- oddalił protest konsorcjum Scott Wilson Ltd oraz

- oddalił protest konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. w zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez konsorcjum ARKADIS Profil Sp. z o.o. oraz częściowo uwzględnił protest konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. w zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego się wobec konsorcjum Scott Wilson Ltd. Jak poinformował Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, częściowe jego uwzględnienie miało skutkować wezwaniem ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Konsorcjum Scott Wilson Ltd złożyło w dniu 4 grudnia 2007 r. odwołanie od ww. decyzji Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykluczenie konsorcjum ARKADIS Profil Sp. z o.o. z postępowania wobec niezłożenia przez firmę Mott MacDonald Limited oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oraz nieodrzućenie oferty konsorcjum ARKADIS Profil Sp. z o.o. wobec złożenia oferty podlegającej odrzuceniu i nieważnej w świetle przepisów kodeksu cywilnego,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewybranie oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący się wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum ARKADIS Profil Sp. z o.o.,
- nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

w wyniku czego oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. złożyło w dniu 4 grudnia 2007 r. odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 104 kodeksu cywilnego poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że konsorcjum ARKADIS Profil Sp. z o.o. prawidłowo ustanowiło pełnomocnika, zatem jednoczesne naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego poprzez przyjęcie, że dokument złożony przez konsorcjum Scott Wilson Ltd na str. 390 oferty potwierdza, że usługa w nim wskazana została wykonana należycie tj. naruszenie również art. 7 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, iż konsorcjum Scott Wilson Ltd uprawnione jest do uzupełnienia złożonych dokumentów na potwierdzenie posiadania stosownego doświadczenia tj. naruszenie również art. 7 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się wniósł o:

- unieważnienie zaskarżonych czynności Zamawiającego,
- nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania badania i oceny ofert konsorcjum ARKADIS Profil Sp. z o.o. oraz konsorcjum Scott Wilson Ltd, a następnie odrzucenie oferty konsorcjum ARKADIS Profil Sp. z o.o., wykluczenie konsorcjum Scott Wilson Ltd z postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z dnia 4 grudnia 2007 r. Odwołujący się złożył uzupełnienie do odwołania w zakresie zarzutu niewykluczenia konsorcjum Scott Wilson Ltd z postępowania.

W dniu 6 grudnia 2007 r. konsorcjum ARCADIS Profil Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Konsorcjum Scott Wilson Ltd zgłosiło w dniu 17 grudnia br. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutu 2 i 3 jednocześnie zgadzając się z Odwołującym się konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. w zakresie zarzutu 1.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

W odniesieniu do kwestionowanego przez obu Odwołujących się pełnomocnictwa udzielonego przez Pana Roberta Dubielę firmie ARCADIS Profil Sp. z o.o. w imieniu Mott MacDonald Limited Izba uznała, iż podnoszony zarzut jest bezzasadny. Nie budzi wątpliwości, iż udzielenie pełnomocnictwa jest jednostronną czynnością prawną w rozumieniu art. 104 kodeksu cywilnego. Regułą jest, iż jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania jest obarczona sankcją nieważności. Ww.

regulacja prawna przewiduje jednak wyjątek od powyższej zasady polegający na zgodzie adresata oświadczenia rzekomego pełnomocnika na jego działanie bez umocowania. W takim przypadku ustawa nakazuje stosowanie art. 103 kodeksu cywilnego, na podstawie którego ważność czynności prawnej zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu czynność została dokonana. W toku postępowania ustalono, iż w dniu udzielenia pełnomocnictwa ARCADIS Profil Sp. z o.o. jako liderowi konsorcjum do reprezentowania obu firm tj. ARCADIS Profil Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited w konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne Pan Robert Dubieli nie dysponował stosownym pełnomocnictwem. Trudno jednakże zgodzić się z twierdzeniem Odwołujących się, jakoby ARCADIS Profil Sp. z o.o. nie miał wiedzy o braku umocowania Pana Dubieli. Odwołujący się nie udowodnili w toku postępowania, iż przedstawiciele ARCADIS Profil Sp. z o.o. nie mieli świadomości co do braku umocowania Pana Dubieli lub zostali wprowadzeni w błąd co do faktu posiadania przez niego takiego pełnomocnictwa. Izba stoi na stanowisku, iż poprzez fakt złożenia podpisów przez przedstawicieli obu firm wchodzących w skład konsorcjum na pełnomocnictwie z dnia 10 października 2007 r. wyrazili oni zgodę na działanie przedstawiciela Mott MacDonald Limited bez umocowania, co wypełnia przesłankę z art. 104 kodeksu cywilnego, w doktrynie stwierdza się bowiem, iż ww. zgoda nie wymaga zachowania formy szczególnej. Ponadto Izba stwierdziła, iż pełnomocnictwo szczególne udzielone Panu Robertowi Dubieli w dniu 15 października 2007 r. jest wyrazem woli mocodawców do występowania Pana Dubieli w roli pełnomocnika i stanowi potwierdzenie dokonanych przez niego czynności w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne. Podkreślenia wymaga fakt, iż udzielone w dniu 15 października 2007 r. pełnomocnictwo spełnia wszelkie wymogi tj. wskazuje czynności, do których pełnomocnik jest umocowany, tytuł oraz numer postępowania o zamówienie publiczne, a także identyfikuje wykonawcę, z którym mocodawca ma wolę występowania w ramach konsorcjum. W konsekwencji, zgodnie z treścią art. 103 kodeksu cywilnego, pełnomocnictwo z dnia 15 października 2007 r. przesądza o ważności wcześniej dokonanej czynności prawnej. O zgodzie ARCADIS Profil Sp. z o.o. na działanie Pana Dubieli bez umocowania w dniu 10 października 2007 r. świadczy ponadto fakt, iż złożona przez konsorcjum oferta zawierała pełnomocnictwo z dnia 15 października 2007 r. Zatem trudno jest uznać, iż składający ofertę nie znał jej treści.

Izba stwierdza, iż ofertę konsorcjum ARCADIS Profil Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited należy uznać za ważną z uwagi na to, że zarówno w dniu podpisania oferty przez lidera konsorcjum jak i w dniu jej złożenia nie istniały wątpliwości co do skuteczności działań lidera konsorcjum. Nie może być zatem mowy w tym przypadku o naruszeniu przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnośnie zarzutu konsorcjum Scott Wilson Ltd dotyczącego niezłożenia przez firmę Mott MacDonald Limited oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu Izba zauważa, iż Zamawiający w pkt. 7.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oświadczenia przedłożonego w imieniu wszystkich wykonawców. Oświadczenie takie zostało złożone w imieniu konsorcjum przez ARCADIS Profil Sp. z o.o. dnia 17 października 2007 r. Wykonawca złożył zatem oświadczenie, które co do treści i formy spełnia wymagania Zamawiającego i jest ważne.

Powyższe wskazuje na fakt, iż konsorcjum ARCADIS Profil Sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited nie podlegało wykluczeniu z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego oferta nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie podziela stanowiska konsorcjum EGIS Poland Sp. z o.o. i SCETAURROUTE S.A. dotyczącego zarzutu nieudokumentowania wymaganego w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne doświadczenia przez konsorcjum Scott Wilson Ltd. Z treści dokumentu wystawionego w dniu 24 lutego 2005 r. przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu wyraźnie wynika, iż Zamawiający w danym postępowaniu potwierdza wykonanie przez konkretnego Wykonawcę zamówienia. Wskazuje

on również poszczególne usługi zrealizowane w ramach umowy. Stwierdzenie dotyczące personelu zatrudnianego przez wykonawcę dodatkowo podkreśla, zdaniem Izby, wysoką jakość świadczonej usługi. Należy także zauważyć, iż dokument ten nosi nazwę „referencje”, która zgodnie ze Słownikiem języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN SA oznacza m.in. opinię, zaświadczenie polecające kogoś jako pracownika.

W ocenie Izby konsorcjum Scott Wilson Ltd. przedłożyło dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, którym było wykonanie 2 usług polegających na nadzorze projektów, przy czym Zamawiający zastrzegł, iż jako wykonanie należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia świadectwa przejęcia (pkt 6.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Konsorcjum nie przedłożyło jednak wymaganego przez Zamawiającego w pkt. 7.2.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentu potwierdzającego jakość wykonania jednej z usług. Zasadnym zatem było wystąpienie Zamawiającego o uzupełnienie brakującego dokumentu w trybie art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Izby również zarzut dotyczący przedłożenia przez konsorcjum Scott Wilson Ltd świadectw przejęcia jako dokumentów nie potwierdzających spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego jest niezasadny. W świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 6.2.4) konsorcjum Scott Wilson Ltd spełniło warunek Zamawiającego w zakresie wymaganego doświadczenia i na tą okoliczność przedłożyło przedmiotowe świadectwa, z których wynika, że konsorcjum Scott Wilson Ltd wykonało na rzecz Zamawiającego świadczenie, które zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny stanowi zachowanie się dłużnika zgodne z treścią zobowiązania. Tym samym skutecznie udokumentowało wykonanie usługi, o której mowa w art. 2 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3600 zł.

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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*