

Sygn. akt KIO 500/11

WYROK
z dnia 22 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 marca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. POLDIM S.A. (pełnomocnik), 2. AB Kauno Tiltai, adres dla pełnomocnika: ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. F.D. Roosevelta 9, 90-056 Łódź**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. POLDIM S.A. (pełnomocnik), 2. AB Kauno Tiltai i dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. F.D. Roosevelta 9, 90-056 Łódź i postanawia:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. POLDIM S.A. (pełnomocnik), 2. AB Kauno Tiltai, adres dla**

pełnomocnika: ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) zasądzić kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. F.D. Roosevelta 9, 90-056 Łódź** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. POLDIM S.A. (pełnomocnik), 2. AB Kauno Tiltai, adres dla pełnomocnika: ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad działający przy pomocy Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Łodzi, ul. Roosevelta 9, 90-056 Łódź wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy - Łódź (A1), odcinek 9 (węzeł Wrocław) od km 202+700,00 do km 204+000,00”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 6.08.2010r. pod numerem 2010/S 151-232827.

Pismem z dnia 8.11.2010r. skierowanym do Odwołującego - Konsorcjum firm: Poldim S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik) oraz AB Kauno Tiltai z siedzibą w Kownie (Litwa), Ateities pi. 46, 52-105 Kowno (Partner Konsorcjum) Zamawiający wezwał w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp do złożenia pełnomocnictwa od AB Kauno Tiltai dla Vitalijusa P. Wskazał, że na stronie 85 wniosku załączono kopię pełnomocnictwa AB Kauno Tiltai dla Vitalijusa P poświadczoną za zgodność z oryginałem przez osoby upoważnione do reprezentacji konsorcjum w postępowaniu, a zgodnie z ogłoszeniem pełnomocnictwo winno być załączone w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii.

Pismem z dnia 9.11.2010r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że oryginał pełnomocnictwa udzielonego dla Vitalijusa P z dnia 18.08.2010r. wraz z tłumaczeniem z języka litewskiego zostanie przesłany oddzielną pocztą kurierską przez Partnera, spółkę AB Kauno Tiltai.

Pismem z dnia 17.11.2010r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy Pzp prosząc o konkretne wskazanie, w ramach którego z trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego złożony został jeden egzemplarz pełnomocnictwa (oryginał).

W odpowiedzi na powyższe pismo Odwołujący w dniu 18.11.2010r. wyjaśnił, iż uprzednio został przesłany oryginał pełnomocnictwa udzielonego dla Vitalijusa P z dnia

18.08.2010r.wraz z tłumaczeniem z języka litewskiego w jednym egzemplarzu albowiem pełnomocnictwo to jest pełnomocnictwem ogólnym, które upoważnia do działania we wszystkich trzech postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W piśmie tym zauważył również, iż skoro Zamawiający ma już w posiadaniu oryginał pełnomocnictwa upoważniającego do działania we wszystkich trzech postępowaniach, to Zamawiający może już we własnym zakresie dwie kopie pełnomocnictw załączonych w złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniach uzupełnić o adnotację, iż oryginał pełnomocnictwa jest złożony do pierwszego postępowania, zważywszy, że wszystkie trzy postępowania pomimo tego, że są prowadzone oddzielnie to jednak są w pewien sposób powiązane o czym świadczy wystosowanie jednego wspólnego pisma do wszystkich postępowań.

Dodatkowo wskazał, iż do każdego z trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego już w oryginale zostało załączone pełnomocnictwo szczególne udzielone Poldim S.A. w imieniu partnera konsorcjum.

Ostatecznie w piśmie tym zadeklarował, iż jeżeli Zamawiający będzie żądał załączenia do wszystkich trzech postępowań oryginałów pełnomocnictw bądź ich uwierzytelnienia, to wnioskuje o zwrot oryginału pełnomocnictwa w celu okazania go notariuszowi przy poświadczaniu za zgodność.

Pismem z dnia 01.03.2011 r., - znak: GDDKiA 0/Ł.R2.ap.418/9/07/2010 Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi zawiadomił o wstępnej kwalifikacji Wykonawców informując, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Odwołujące się Konsorcjum został złożony przez osobę nieumocowaną do działania w imieniu wykonawcy w związku z czym Konsorcjum Poldim S.A., AB Kauno Tiltat zostało wykluczone z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający powołał się na przepisy wskazując art. 14 ustawy Pzp zgodnie z którym, 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.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej oraz art. 104 oraz z art. 99 k.c.

Z powyższą czynnością Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i w dniu 10.03.2011r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu dokonanie czynności wykluczenia Konsorcjum z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. z naruszeniem art. 14 ustawy Prawo zamówień

publicznych w zw. z art. 99 i 104 Kodeksu Cywilnego, art. 24 i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazując na powyższe uchybienia Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia konsorcjum firm: POLDIM S.A. i AB Kauno Tiltai,
- 2) powtórzenie czynności wstępnej kwalifikacji ofert,
- 3) uznanie, iż Odwołujące się Konsorcjum spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- 4) zaproszenie przez Zamawiającego Odwołującego się Konsorcjum do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący twierdził, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przepisów Ustawy Pzp, Zamawiający pozbawił go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, bowiem z przesłanej przez Zamawiającego informacji, na 20 miejscu zostało zakwalifikowane konsorcjum firm któremu przyznano 80 punktów. Tymczasem Odwołujące się Konsorcjum w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu przedstawiło dokumenty w formie referencji w tym 2 podstawowych oraz 5 dodatkowych, przy czym referencje dodatkowe są premiowane w wysokości 20 pkt., co zgodnie z procedurą przyjętą przez Zamawiającego daje 100 punktów, a więc Konsorcjum firm: POLDIM S.A. oraz AB Kauno Tiltai powinno zostać zakwalifikowane do grupy wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż w ustawie Pzp nie ma żadnego przepisu odnoszącego się co do formy w jakiej ma zostać złożone pełnomocnictwo w przetargu, a co za tym idzie w tej ustawie nie ma także żadnej sankcji wynikającej z niedochowania formy przez Wykonawcę. Przyznał, że kwestie te Zamawiający unormował w pkt. VI3) ust. 1.2.3) Ogłoszenia w ten sposób, że „Pełnomocnictwo do podpisania Wniosku (oryginał lub notarialnie potwierdzona kopia) względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z wnioskiem.”, jednakże bez rygoru sankcji za niedochowanie tego warunku.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie znajdując żadnej podstawy prawnej w ustawie Pzp czy w warunkach zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, do wykluczenia z przedmiotowego postępowania przetargowego Odwołującego się Konsorcjum, Zamawiający powołał się na przepisy art. 14 ustawy Pzp i na przepisy Kodeksu cywilnego.

Za wadliwe Odwołujący uznał zakwestionowanie przez Zamawiającego formy w jakiej zostało złożone pełnomocnictwo (w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę), poprzez odwołanie się do przepisów art. 99 i 104 Kodeksu cywilnego.

Wywodził, iż z przepisu art.99 k.c. pełnomocnictwo powinno być w formie pisemnej, a żadna inna szczególna forma w niniejszej sprawie nie ma zastosowania) i takiej też formie pełnomocnictwo zostało złożone Zamawiającemu.

Zaznaczył, że art. 104 Kodeksu cywilnego odnosi się do jednostronnej czynności dokonanej bez umocowania, podczas gdy Zamawiający zakwestionował poprawność formy przekazanego pełnomocnictwa, a nie jego przekroczenie bądź całkowity jego brak.

Zwrócił również uwagę, że Zamawiający organizując trzy postępowania przetargowe powiązane ze sobą zarówno lokalizacyjnie (wciągu drogi S8) jak i podmiotowo (ten sam Zamawiający) posiadał już oryginał pełnomocnictwa ogólnego udzielonego dla Pana Vitalijusa Popovasa z dnia 18.08.2010 r., upoważniającego go do działania we wszystkich trzech postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Na okoliczność, iż wszystkie trzy postępowania przetargowe także Zamawiający w jakiś sposób łączył ze sobą świadczy chociażby fakt, wystosowania przez Zamawiającego jednego wspólnego pisma w sprawie wszystkich trzech postępowań (pismo Zamawiającego z dnia 17.11.2010 r.).

Według Odwołującego Zamawiający nie mógł mieć żadnych wątpliwości co do prawidłowości umocowania do działania Vitalijusa P, a jedynie mógł kwestionować niedochowanie warunku określonego w pkt. VI.3) ust. 1.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu, jednakże niedochowanie wskazanej formy nie było obarczone żadną sankcją, a w szczególności sankcją wykluczenia z postępowania przetargowego.

Podkreślił, iż w związku z zaistniałą sytuacją interes Zamawiającego w żaden sposób nie był zagrożony, gdyż Zamawiający był już w posiadaniu oryginału stosownego pełnomocnictwa.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wezwania Zamawiającego z dnia 8.11.2010r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 9.11.2010r., wezwania Zamawiającego z dnia 17.11.2010r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 18.11.2010r., pisma Zamawiającego z dnia 1.03.2011r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 18.03.2011r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z póź. zm.) w zw. z art. 99 i 104 kodeksu cywilnego, art. 24 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowej sprawie o zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w przetargu ograniczonym ubiega się konsorcjum składające się z dwóch podmiotów prawa tj. Poldim S.A. działającego jako lider i pełnomocnik tegoż konsorcjum oraz AB Kauno Tiltai (podmiot zarejestrowany na Litwie) będący partnerem tego pierwszego. Podmioty te występują w ramach konstrukcji przepisu art.23 cyt. ustawy Pzp, co jest między stronami bezsporne.

Poza sporem jest również fakt, iż treść pełnomocnictwa z dnia 18.08.2010r.udzielonego Vitalijusowi P ma charakter ogólny.

Istota sporu na tle rozpoznawanej sprawy sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie czy złożenie oryginału pełnomocnictwa do trzech różnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w formie pisemnej temu samemu Zamawiającemu, w następstwie wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp, bez skonkretyzowania później przez Odwołującego do którego z postępowań zostało to pełnomocnictwo załączone w ramach udzielanych wyjaśnień zgodnie z art.26 ust.4 ustawy Pzp, stanowi spełnienie warunku pkt VI.3) 1.2.2) i 1.2.3) ogłoszenia.

Na tak postawione pytanie Izba udzieliła odpowiedzi twierdzącej.

Wymóg powołanych wyżej postanowień ogłoszenia dotyczy wskazania przez Zamawiającego obowiązku załączenia przez Wykonawców pełnomocnictwa w formie oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii.

Zdaniem Izby złożone oryginalne pełnomocnictwo zostało załączone między innymi w celu wykonania komentowanych wyżej regulacji ogłoszenia. Okoliczność, iż oryginalne pełnomocnictwo dla Vitalijusa P z dnia 18.08.2010r. będące w formie pisemnej zostało złożone jest poza sporem i zostało przez Zamawiającego przyznane.

Zamawiający miał jedynie wątpliwość czy to pełnomocnictwo odnosi skutek prawny również w niniejszym postępowaniu.

Dla oceny prawnej tej sytuacji konieczne jest odwołanie się do przepisów kodeksu cywilnego, bowiem ustawa Prawo zamówień publicznych tak szczegółowych regulacji w zakresie rozpoznawanego zagadnienia prawnego nie zawiera.

Zgodnie z art.61 § 1 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

Izba stwierdza, iż takie oświadczenie do Zamawiającego doszło w sposób umożliwiający jego przyjęcie w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jako depozytariusz tego oświadczenia zawartego w pełnomocnictwie Zamawiający nie miał żadnych podstaw prawnych do uznania braku skuteczności tegoż oświadczenia.

Jednocześnie Izba zauważa, iż w myśl przepisu art.65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

W ocenie Izby Odwołujący udowodnił, że złożone oryginalne pełnomocnictwo ogólne, sporządzone w formie pisemnej wystawione dla Vitalijusa P i potwierdzające jego uprawnienia do udzielenia pełnomocnictwa Poldim S.A. do działania w imieniu konsorcjum

zostało skierowane również do badanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wynika to z pisma Odwołującego z dnia 9.11.2010r., w którym Poldim S.A., działając jako pełnomocnik konsorcjum przedkłada oryginał pełnomocnictwa udzielonego dla Vitalijusa P z dnia 18.08.2010r.wraz z tłumaczeniem z języka litewskiego i zostanie przesłany oddzielną pocztą kurierską przez Partnera spółkę AB Kauno Tiltai. Okoliczność przesłania w terminie przedmiotowego pełnomocnictwa została przyznana na rozprawie przez pełnomocnika Zamawiającego.

Jeżeli więc pełnomocnictwo to było złożone również do tego postępowania, to jako mające formę pisemną czyniło zadość postanowieniom pkt VI.3) 1.2.2) i 1.2.3) ogłoszenia.

Z powyższych powodów nie można uznać, iż Odwołujący nie zachował wymaganej pisemnej formy dla spornego pełnomocnictwa, a więc w takim przypadku nie zachodzi kolizja z art.99 § 2 k.c., jak twierdzi Zamawiający.

Nie sposób również podzielić argumentacji Zamawiającego, iż Vitalijus P działał bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu, to jest w sposób sprzeczny z dyspozycją przepisu art.104 zd.1 k.c., a konsekwencji nie posiadał pełnomocnictwa ani do ustanawiania dalszego pełnomocnictwa dla Poldim S.A., ani do podpisywania wniosku oraz pozostałych dokumentów dotyczących niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

Według Izby twierdzenia te nie mają poparcia w treści pełnomocnictwa z tego względu, iż osoba Vitalijusa P została między innymi umocowana do ustanawiania dalszych pełnomocników do dokonywania czynności określonych w pełnomocnictwie oraz upoważniona w imieniu mocodawcy do przedkładania wszystkich koniecznych dokumentów, w tym wniosków oraz oświadczeń. Wobec tego Izba uznała, iż Dyrektor Generalny Kauno Tiltai S.A. prawidłowo umocował w dniu 18.08.2010r.Vitalijusa P do ustanowienia Poldim S.A. pełnomocnikiem konsorcjum.

Nie można zatem uznać, iż Odwołujący nie wykazał się spełnianiem warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu z powodu braku pełnomocnictwa bądź takiego, które jest dotknięte wadą.

W ocenie Izby zatem czynność Odwołującego polegająca na dołączeniu oryginału pełnomocnictwa z dnia 18.08.2010r.w formie pisemnej dla potrzeb wszystkich trzech

toczących się postępowań o udzielenie zamówienia, dokonana w następstwie wezwania z dnia 8.11.2010r., stanowiła zgodne z prawem wykonanie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Zamawiający zatem nie miał żadnych podstaw prawnych do uznania braku uprawnień Vitalijusa P za osobę nieumocowaną do działania w imieniu wykonawcy, a w konsekwencji do wykluczenia Odwołującego w powołanych wyżej okolicznościach faktyczno-prawnych z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: