

POSTANOWENIE

z dnia 5 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 5 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Fangorn A.K., Siedliska, Elk; W.A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą C. W.A. Zakład Robót Leśnych, Regiel, Elk; K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K.S. Usługi Leśne, Prostki; J.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.M., Kalinowo oraz M.Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo - Produkcyjny M.Ś., Płociczno, Elk** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Elk, Mrozy Wielkie 21, Elk**

przy udziale wykonawcy **D.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.D. Usługi Leśne i Rolnicze, Nowe Krzywe, Stare Juchy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Fangorn A.K., Siedliska, Elk; W. A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą C. W. A. Zakład Robót Leśnych, Regiel, Elk; K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K.S. Usługi Leśne, Prostki; J.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.M., Kalinowo oraz M.Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo - Produkcyjny M.Ś., Płociczno, Elk** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę

15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Fangorn A.K., Siedliska, Elk; W.A.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą C.W.A. Zakład Robót Leśnych, Regiel, Elk; K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K.S. Usługi Leśne, Prostki; J.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.M., Kalinowo oraz M.Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo - Produkcyjny M.Ś., Płociczno, Elk**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Elk, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Elk w roku 2019* w podziale na cztery pakiety. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 024-053155.

W dniu 25 marca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **A.K. prowadzący**

działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Fangorn A.K., Siedliska, Ełk; W.A.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą C.W.A. Zakład Robót Leśnych, Regiel, Ełk; K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K.S. Usługi Leśne, Prostki; J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.M., Kalinowo oraz M.Ś prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo - Produkcyjny M.Ś., Płociczno, Ełk, dalej „Odwołujący”, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie pakietu nr 2, zarzucając Zamawiającemu naruszenie

1.art. 24 ust. 1 pkt 12), 16) i 17) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.D. Usługi Leśne i Rolnicze z postępowania i odrzucenia jego oferty pomimo:

- a) niespełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu,
- b) wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz
- c) przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mających istotny wpływ na decyzje podjęte w postępowaniu;

2.art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do zakresu zamierzonego wykorzystania podwykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia i jednocześnie przyznanie wykonawcy na etapie oceny ofert punktacji za spełnienie kryterium „Samodzielnej realizacji przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy w odniesieniu do pakietu nr 2 jako najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającego powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca D. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.D. Usługi Leśne i Rolnicze, Nowe Krzywe, Stare Juchy, wnosząc o odrzucenie odwołania.

W dniu 1 kwietnia 2019 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie, ewentualnie oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w 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 adwokat Ł. B. . Z załączonego do odwołania pełnomocnictwa wynika, że Odwołujący, uczestniczący w postępowaniu w ramach konsorcjum, ustanowili pełnomocnikiem konsorcjum (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) pana A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Fangorn A.K., Siedliska, Ełk.

Zgodnie z treścią pełnomocnictwa z dnia 7 lutego 2019 r. konsorcjanci udzielili pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum pana A.K. do reprezentowania wszystkich interesów konsorcjum w pełnym zakresie zgodnie z umową konsorcjum z dnia 07.02.2019 r. z możliwością udzielenia dalszych pełnomocnictw. Jednocześnie, jako członkowie konsorcjum zobowiązujemy się do ponoszenia solidarnej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia wobec Zamawiającego. Przedmiotowe upoważnienie stanowi załącznik do umowy konsorcjum zawartej w dniu 7.02.2019 r., a w szczególności do: wykonywania wszystkich czynności cywilno-prawnych w zakresie procedury przetargowej zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Ełk w roku 2019”, do zawarcia i wykonywania wszelkich czynności cywilno-prawnych w zakresie przedmiotu umowy, jaka będzie zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przetargu (o ile konsorcjum zostanie wyłonione w przetargu na wykonanie usługi).

Do odwołania Odwołujący załączył również pełnomocnictwo z dnia 25 marca 2019 r., udzielone adwokatowi Ł.B. oraz adwokatowi M.J. przez pana A.K. do samodzielnej reprezentacji na wszystkich etapach postępowania odwoławczego.

W dokumentacji postępowania znajduje się również pismo jednego z konsorcjantów, tj. pani M.Ś. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo - Produkcyjny M.Ś. z dnia 25 marca 2019 r, w którym oświadczone, że *Działając w imieniu własnym chciałabym oświadczyć że nie upoważniłam pana A.K. ,Siedliska 54, 19-*

300 Etł do reprezentowania mojej firmy przed Sądami i innymi instytucjami odwoławczymi tak jak Krajowa Izba Odwoławcza, a pełnomocnictwo do UMOWY KONSORCJUM nie pozwala mu na udzielanie pełnomocnictw adwokatom jedynie wykonywania wszystkich czynności cywilnoprawnych w zakresie procedury przetargowej zamówienia publicznego. Chcę podkreślić że byłam zastraszana i zmuszana do podpisania pełnomocnictwa dla Adwokatów Ł.B. i Adwokatowi M.J. z Kancelarii Adwokackiej w Warszawie aby mogli wnieść odwołanie w sprawie zamówienia publicznego lecz się na to nie zgodziłam i nie zgadzam się z decyzjami Pana A. (Lidera).

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 oraz oświadczenie pani M.Ś., które zostało prawidłowo podpisane podpisem elektronicznym, zatem twierdzenia Odwołującego poddające w wątpliwość kto faktycznie podpisał ww. oświadczenie są gołosłowne. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zostało wniesione przez osobę (podmiot) do tych czynności nieupoważnioną (nieuprawnioną). Izba podziela pogląd, że pojęcie „podmiot nieuprawniony” obejmuje również osobę nieuprawnioną do reprezentacji podmiotu wnoszącego odwołanie, a wniesienie odwołania jest łącznym uprawnieniem konsorcjantów.

Izba nie podziela argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego i Przystępującego, że z treści pełnomocnictwa ogólnego nie wynika, aby pan A.K. był umocowany do ustanawiania dalszych pełnomocników, skoro z pełnomocnictwa z dnia 7 lutego 2019 r, wprost wynika możliwość udzielenia dalszych pełnomocnictw. Nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem, że pełnomocnictwo to, które zostało również złożone w postępowaniu odwoławczym, oparte jest na pełnomocnictwie ogólnym, niedającym podstawy do wniesienia odwołania.

Izba ustaliła, że z treści pełnomocnictwa z dnia 7 lutego 2019 r. wynika umocowanie do reprezentowania wszystkich interesów konsorcjum z możliwością udzielania dalszych pełnomocnictw. Nadto, choć ww. pełnomocnictwo zawiera ogólne stwierdzenie upoważniające do „wykonywania wszystkich czynności cywilno-prawnych w zakresie procedury przetargowej zamówienia publicznego”, to można przyjąć, że umocowanie do wykonywania wszystkich czynności cywilno-prawnych w zakresie procedury przetargowej zamówienia publicznego upoważnia lidera do reprezentowania w postępowaniu odwoławczym, w tym do wniesienia odwołania.

Niemniej, zgodnie z oświadczeniem jednego z konsorcjantów jego wolą nie było upoważnienie pana A.K. do reprezentowania przed Izbą. Zatem treść pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum należy tłumaczyć zgodnie z ogólnymi regułami wykładni określonymi w dyspozycji art. 65 Kodeksu cywilnego (na które również powoływał się Odwołujący na posiedzeniu), mając na uwadze okoliczności i kontekst sytuacyjny w jakich ww. oświadczenie zostało złożone oraz biorąc pod uwagę jako nadrzędną regułę interpretacyjną - zgodny zamiar stron. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że pomimo iż z literalnej wykładni pełnomocnictwa z dnia 7 lutego 2019 r. wynika, że upoważnia ono m.in. do wykonywania wszystkich czynności cywilno-prawnych w zakresie procedury przetargowej zamówienia publicznego to jednak, biorąc pod uwagę oświadczenie pani M.Ś. należy uznać, że wolą mocodawcy, jednego z członków konsorcjum, nie było udzielenie pełnomocnictwa do złożenia odwołania oraz upoważnienie wskazanej w nim osoby do reprezentowania odwołującego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Mając na uwadze, że wniesienie odwołania jest łącznym uprawnieniem konsorcjantów należy uznać, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tych czynności nieupoważniony (nieuprawniony).

Równocześnie Izba nie podziela argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, podkreślającego że gdyby istniały wątpliwości w zakresie umocowania, zostałby wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp. Należy wskazać, iż co do zasady, zgodnie z art. 187 ust. 3 i ust. 7 ustawy 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 2018 r., poz. 1092). 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. Prawidłowość 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.

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.

Na podstawie ww. przepisów ustawy Pzp i 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. z 2018 r. poz. 972), dalej „rozporządzenie”, Izba oddaliła wniosek Przystępującego o zasądzenie kosztów uczestnika postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika. Zgodnie z § 5 ust. 3 rozporządzenia w przypadku odrzucenia odwołania Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w lub jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, Izba zasądza od odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw koszty, o których mowa w .

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie uwzględnił odwołania, zatem Przystępujący nie miał możliwości wniesienia sprzeciwu, nie ziszcila się przesłanka umożliwiająca Izbie zasądzenie od odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw kosztów, o których mowa w rozporządzenia.

Przewodniczący:.....