

WYROK
z dnia 23 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Renata Tubisz**

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Mota-Engil Central Europe S.A, Mota-Engil Engenharia e Construção S.A, Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego ENERGOPOL Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53** protestu z dnia 30 grudnia 2009 r.

przy udziale **RADKO Sp. z o.o., 32-641 Przeciszów, ul. Krakowska 16, działającej jako lider konsorcjum firm: RADKO Sp. z o.o. oraz Punj Lloyd Ltd., 17-18 Nehru Place, New Delhi 110019 Indie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Mota-Engil Central Europe S.A, Mota-Engil Engenharia e Construção S.A, Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego ENERGOPOL Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W** 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: Mota-Engil Central Europe S.A, Mota-Engil Engenharia e Construção S.A, Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego ENERGOPOL Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
 - 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) 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: Mota-Engil Central Europe S.A, Mota-Engil Engenharia e Construção S.A, Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego ENERGOPOL Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie, którego przedmiotem jest „rozbudowa skrzyżowania ulic: Radzikowskiego- Conrada - Armii Krajowej - Jasnogórskiej w Krakowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2009 r., pod nr 2009/S 133-194166.

W dniu 30 grudnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Radko sp. z o.o. oraz Punj Lloyd Ltd. (dalej Przystępujący), zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24

ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 8, art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2, art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Przystępującego z postępowania, w przypadku

2

nieuwzględnienia tego żądania, odrzucenie oferty Przystępującego i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący się podnosi, iż Radko Sp. z o.o. nie była we właściwy sposób umocowana do składania oświadczeń w imieniu Konsorcjum. Z dokumentów złożonych przez Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu nie został wykazany w sposób prawidłowy sam fakt udzielenia Panu D pełnomocnictwa do reprezentowania partnera oprotestowanego Konsorcjum, a tym bardziej nie zostało wykazana okoliczność udzielenia Panu D pełnomocnictwa do jednoosobowej reprezentacji Punj Lloyd Ltd..

Pełnomocnictwo winno być na podstawie art. 146 Statutu Punj Lloyd Ltd. sporządzone poprzez wydanie pełnomocnictwa z pieczęcią Spółki - co nie miało miejsca w tym przypadku. Do oferty załączono jedynie wyciąg z protokołu posiedzenia dyrektorów - (który również nie zawiera pieczęci), a ponadto który nie został nawet podpisany przez dyrektorów, a jedynie uwierzytelniony przez sekretarza. Taki wyciąg z protokołu nie może być jednak utożsamiony z dokumentem pełnomocnictwa, dla którego statut przewiduje odrębną formę.

Przedmiotowe pełnomocnictwo z dnia 27 sierpnia 2009 r., na treści którego swoją legitymację do występowania w imieniu Konsorcjum opierała spółka Radko, posiada jednak istotną wadę prawną, wynikającą z okoliczności, iż udzielający pełnomocnictwa D nie był uprawniony do samodzielnego udzielenia takowego pełnomocnictwa, które to dla zachowania swojej ważności, winno zostać udzielone wspólnie przez Panów D oraz John S. Powyższe wynika z treści załączonego do akt sprawy Wyciągu z Protokołu Posiedzenia Dyrektorów Punj Lloyd Ltd. z dnia 25 sierpnia 2009, tj. dokumentu na którym Konsorcjum opiera legitymację Pana D do działania w imieniu Punj Lloyd Ltd. w przedmiotowym postępowaniu. Co prawda, z przedłożonego przez Konsorcjum tłumaczenia na język polski wynikałoby, iż Panu D przysługiwałoby uprawnienie do udzielania Radko Sp. z o.o. pełnomocnictwa o treści zgodnej z pełnomocnictwem z dnia 27 sierpnia 2009 r., jednakże treść ta nie jest zgodna z oryginalną treścią tegoż dokumentu, co wynika z nieprawidłowego i niezgodnego z oryginałem tłumaczenia. Mając na uwadze treść powyższego Wyciągu w wersji oryginalnej tj. angielskojęzycznej, Odwołujący się wskazuje, iż Pan D samodzielnie może podpisywać, sporządzać i dostarczać dokumenty przetargowe, co wynika z treści drugiego akapitu przedmiotowego wyciągu. Natomiast treść akapitu trzeciego wersji anglojęzycznej klarownie wskazuje, iż do udzielania jakichkolwiek pełnomocnictw na rzecz Radko Sp. z o.o., wymagane jest wspólne działanie Panów D oraz John S - które nie miało miejsca.

Wobec powyższego Odwołujący się podnosi, iż jakiegokolwiek działania w tym zakresie powinny być prowadzone łącznie przez Panów D oraz John S. Nie jest bowiem przypadkiem okoliczność, iż dla określenia sposobu działania na mocy tego dokumentu odmiennie

3

wskazano w treści trzeciego akapitu osoby uprawnione do danych czynności, poprzez usunięcie określenia „samodzielnego”, którym posługiwano się w zakresie uprawnień wyszczególnionych w treści drugiego akapitu. Powyższą tezę potwierdza także okoliczność, iż w zakresie podpisywania, sporządzania i dostarczania dokumentów miał zostać powołany szerszy krąg osób niż w zakresie opisanym w akapicie trzecim, co sprawia, iż akapit trzeci o innym przedmiocie regulacji miał mieć zastosowanie na odmiennych od drugiego akapitu zasadach - tj. przy działaniu łącznym Pana Johna S oraz D -co celowo zostało pominięte w tłumaczeniu.

Także załączone do pisma Radko Sp. z o.o. z dnia 23 grudnia 2009 r. tłumaczenie treści Wyciągu nie pozostaje w zgodzie z oryginalną wersją angielskojęzyczną, gdyż Radko Sp. z o.o. uparczywie w treści tłumaczenia dodaje określenie „samodzielnie” tam, gdzie w treści oryginału ono nie występuje.

Powyższej okoliczności nie zmieniają także wyjaśnienia Radko Sp. z o.o., przedstawiające pełnomocnictwo z dnia 22 sierpnia 2006 r. udzielone Panu D przez Pana V.K. K, działającego także na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 sierpnia 2006 r. Także ten ciąg pełnomocnictw nie może być traktowany jako spełniający wymagania SIWZ oraz polskiego prawa.

W pierwszej kolejności należy wskazać iż pełnomocnictwa te nie obejmują swoim zakresem uprawnienia dla Pana D do udzielania spółce Radko pełnomocnictwa do występowaniu w przedmiotowym postępowaniu w imieniu Punj Lloyd Ltd. Ponadto, istotnym jest, iż pełnomocnictwa te posiadają także inne braki powodujące brak możliwości posługiwania się nimi w przedmiotowym postępowaniu. Otóż, z żadnego dokumentu nie wynika jakoby Pan A, uprawniony był do jednoosobowego udzielenia Panu V. K. K pełnomocnictwa o przedmiotowej treści, wątpliwości budzi data końcowa obowiązywania pełnomocnictwa udzielonego przez V.K K Panu D, która to została ręcznie zmieniona na treści pełnomocnictwa, co powoduje, iż nie można z całą pewnością stwierdzić terminu ważności tegoż pełnomocnictwa. Ponadto, nowe pełnomocnictwa zostały złożone w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność oryginałem przez osobę nieuprawnioną do tejże czynności. Forma tejże czynności nie czyni zadość ani treści SIWZ, ani też treści wezwania Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2009 r. Zgodnie bowiem z treścią zapisu części VI pkt 6 SIWZ, pełnomocnictwo winno być złożone w oryginale lub kserokopii potwierdzonej za zgodność oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentowania firmy w obrocie gospodarczym zgodnie z aktem rejestracyjnym - nie podlega wątpliwości, iż potwierdzający za zgodność z oryginałem kserokopie przedmiotowych pełnomocnictw Pan Dariusz Huba, nie jest takową osobą.

Oferta Przystępującego winna zostać odrzucona, gdyż nie odpowiada treści SIWZ, nie zawierając dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

4

wobec braku dochowania, określonej w części IV pkt 7 SIWZ, wymaganej formy dokumentów, wymienionych w części IV SIWZ.

Odwolujący się wskazuje, iż zarzuty odnośnie formy składanych dokumentów opisane powyżej, odnoszą się w szczególności do dokumentów wykazujących doświadczenie Przystępującego. Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż Przystępujący nie wykazał doświadczenia w sposób wymagany przez SIWZ.

Odwolujący się podnosi, iż Partner Konsorcjum spółka Punj Lloyd Ltd. nie wykazała w sposób prawidłowy okoliczności nie zalegania z zapłatą należnych podatków - nie przedstawiła aktualnego zaświadczenia o niezaleganiu z płatnością podatków wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Jako spełniające powyższe wymagania nie może być traktowane załączone do oferty zaświadczenie z dnia 23 kwietnia 2009 r. Należy także wskazać, iż załączone do treści pisma Radko z dnia 8 października 2009 r. oświadczenie Pana S, nie może być traktowane jako dokument potwierdzający powyższą okoliczność, a to ze względu na fakt, nie jest to dokument urzędowy, a jedynie złożone w formie notarialnej oświadczenie osoby, która nadto nie wykazała jakiegokolwiek umocowania do składania takowych oświadczeń w imieniu Punj Lloyd Ltd. Także do tych dokumentów odnoszą się zarzuty odnośnie niezachowania wymaganej przez SIWZ formy.

Konsorcjum nie wykazało się doświadczeniem ani w budowie ulic, ani w budowie skrzyżowania o wymaganej w SIWZ wartości 150 mln zł. Konsorcjum wykazało cztery zadania i żadne z nich nie polegało na budowie (rozbudowie, remoncie) drogi w warunkach miejskich. Wszystkie wykazane zadania to drogi poza miastem (jedna droga ekspresowa i autostrady). Konsorcjum nie wykazało również, aby w którejkolwiek z wykonanych robót miała miejsce budowa bądź rozbudowa skrzyżowania o wartości 150 mln zł, co więcej, nie jest rzeczą możliwą, aby budowa kilkudziesięciokilometrowych lub kilkusetkilometrowych odcinków dróg obejmowała również wykonanie skrzyżowania - węzła drogowego - o takiej wartości.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił przystąpienie Przystępujący, żądając odrzucenia protestu.

W dniu 4 stycznia 2010 r. Zamawiający, na podstawie przepisu art. 180 ust. 7 w zw. z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, protest odrzucił, podając, iż zawarte w proteście z dnia 30 grudnia 2009 r. zarzuty nie dotyczą okoliczności oraz czynności, które zostały

podjęte na nowo przez Zamawiającego podczas oceny i badania ofert. Kwestionowane okoliczności istniały już od momentu otwarcia ofert (pełnomocnictwo, zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami, doświadczenie zawodowe), bowiem kwestionowane dokumenty są elementami składowymi oferty. Nadto Zamawiający zauważył, iż Krajowa Izba

5

Odwólcza (sygn. akt KIO/UZP 1659/09) w dniu 15 grudnia 2009 r. zbadała kompleksowo obie oferty i uznała, iż obie są prawidłowe.

Argumentacji Zamawiającego nie podzielił Odwołujący się, wnosząc w dniu 11 stycznia 2010 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście, dodatkowo podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 180 ust. 7 oraz art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, wnosząc jak w proteście.

Odwolujący wskazuje, iż choć część informacji objętych kwestionowanymi w proteście dokumentami, była znana już wcześniej, to jednak należy wskazać, iż do dnia wydania rozstrzygnięcia nie było podstaw do składania protestu na ich treść. Powyższe wynika z okoliczności, iż w toku postępowania, Zamawiający w dniu 16 października 2009 r. wykluczył Przystępującego z przedmiotowego postępowania ze względu na inne okoliczności, nie objęte niniejszym odwołaniem. Zatem, do dnia 23 grudnia 2009 r., kiedy to Zamawiający ponownie ocenił oferty i dokonał wyboru oferty Przystępującego, po stronie Odwołującego się nie istniał interes prawny do składania protestu na czynności Zamawiającego. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, jakoby przedmiotowy protest dotyczył po raz kolejny dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oczywistym jest, iż poprzednie postępowanie protestacyjne i odwoławcze, choć dotyczyło także okoliczności wykluczenia Przystępującego z postępowania, to jednak rozważaną, wyłączną podstawą była okoliczność złożenia wadliwego wadium. Nadto, Odwołujący się zauważa, iż wcześniejsze postępowanie zostało wszczęte nie przez Odwołującego się, ale przez Przystępującego, gdzie Odwołujący się miał status jedynie przystępującego do postępowania - co pociągało za sobą okoliczność, iż nie miał on wpływu na przedmiot rozpoznania, a jedynie mógł w ramach zakresu rzeczowego wyznaczonego przez ówczesnego Odwołującego się, wskazać, racje której ze stron popiera. Jednakże z ostrożności procesowej, Odwołujący się przystępując zarówno do protestu, jak i do odwołania po stronie Zamawiającego wskazał na wykraczające poza ten zakres uchybienia, wskazując niejako zarówno Zamawiającemu, jak i KIO uwagę na przedmiotowe okoliczności. Nie można jednak, jak tego chciałby obecnie Zamawiający stwierdzić, iż powyższe skutkuje tym, iż w niniejszym postępowaniu ponownie są podnoszone te same okoliczności. Twierdzeniu temu przeczy w szczególności fakt, iż zarówno Zamawiający, jak i KIO rozstrzygając poprzednie postępowanie, w ogóle nie odnieśli się do tych - poruszonych jedynie ubocznie i sygnalizacyjnie - informacji.

Konkludując Odwołujący się stwierdza, iż okoliczności będące przedmiotem niniejszego postępowania nigdy nie były przedmiotem postępowania protestacyjnego/odwoławczego, zatem nie zachodzi tutaj okoliczność opisana w treści art. 181 ust 6 ustawy Pzp. Podobnie nie można przyjąć, ażeby protest miał być złożony po terminie, gdyż w żadnym momencie poprzedzającym wydanie rozstrzygnięcia w dniu 23

6

grudnia 2009 r., Odwołujący się nie był uprawniony do składania protestu na zaniechanie przedmiotowych czynności. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 20 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-268/07 oraz wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 29 listopada 2006 r., sygn. UZP/ZO/0-2822/06.

Również pismo Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2009 r., przesądza, iż sam Zamawiający traktował okoliczności podniesione w proteście z dnia 30 grudnia 2009 r. (jak i w niniejszym odwołaniu) jako uprzednio nierozstrzygnięte, czego skutkiem było wezwanie do wykazania na jakiej podstawie działa pełnomocnik Punj Lloyd Pan D, uzasadniając, iż z dokumentów nie wynika prawidłowe umocowanie pełnomocnika. Dopiero analiza odpowiedzi złożonej przez Radko sp. z o.o. oraz załączonych dokumentów, w tym nowego w sprawie pełnomocnictwa, skłoniła Zamawiającego do uznania, iż pełnomocnictwo zostało udzielone w sposób prawidłowy - gdyż ta okoliczność nie była przedmiotem uprzedniego rozpoznania. Nie znajduje zatem potwierdzenia okoliczność, na którą powołuje się Zamawiający, jakoby

KIO rozpoznając odwołanie złożone przez Wybranego Wykonawcę na podstawie znajdujących się w sprawie dokumentów, również przesądziło, iż pełnomocnictwo zostało udzielone w sposób prawidłowy.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W dniu 16 października 2009 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Odwołującego się i wykonawców wykluczonych oraz ofertach odrzuconych. Wśród wykonawców wykluczonych z niniejszego postępowania znalazł się Przystępujący, który w opinii Zamawiającego, nie wniósł wadium na pełny okres związania ofertą, co na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp rodzi skutek, o którym była mowa wyżej.

W dniu 26 października 2009 r. Przystępujący wniósł protest wobec przedmiotowych czynności.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił przystąpienie Odwołujący się, wnosząc o oddalenie protestu. W treści powołanego przystąpienia Odwołujący się wskazał, iż Przystępujący „nie spełnia innych podstawowych wymogów przewidzianych treścią SIWZ, które to okoliczności, winny skutkować wykluczeniem Protestującego Konsorcjum z przedmiotowego postępowania (...)” Odwołujący się podniósł, iż Przystępujący nie wykazał doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, o którym mowa w części III pkt 1 lit. a SIWZ. Ponadto, „nie został wykazany w sposób prawidłowy fakt udzielenia Panu D pełnomocnictwa do reprezentowania członka protestującego konsorcjum tj. spółki Punj Lloyd Ltd. w przedmiotowym postępowaniu.”

7

Zamawiający przedmiotowy protest oddalił, skutkiem czego Przystępujący wniósł odwołanie.

Odwołujący się zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, podtrzymując stanowisko i argumentację podniesioną we wcześniejszym przystąpieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się (sygn. akt KIO/UZP 1659/09).

W dniu 21 grudnia 2009 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, ewentualnie do uzupełnienia prawidłowych pełnomocnictw. Zamawiający wskazał, iż „z dokumentów załączonych do oferty nie wynika prawidłowe umocowanie dla Pana D w zakresie reprezentowania firmy PUNJ LLOYD Ltd. oraz nie wynika, że firma PUNJ LLOYD Ltd. udzieliła prawidłowego pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum, tj. RADKO Sp. z o.o. do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Wyciąg z protokołu posiedzenia dyrektorów PUNJ LLOYD Ltd. z dnia 25 sierpnia 2009 r. nie jest wystarczającym dokumentem.”

W odpowiedzi z dnia 23 grudnia 2009 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień odnośnie dokumentów dołączonych do oferty, w zakresie kwestionowanym przez Zamawiającego. Ponadto, Przystępujący przedłożył „pełnomocnictwa ogólne dla Pana K oraz udzielone przez niego pełnomocnictwo szczególne dla D. Wynika z niego, iż Pan D realizuje swoją funkcję także działając na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 września 2006 r. udzielonego przez Panów: A oraz V.K. K, które w punktach 1 do 5 zawiera w sobie zakres przedmiotowy udzielonego umocowania, a w punkcie 6 dodatkowo w sposób wyraźny stanowi o prawie ustanawiania pełnomocników oraz przedstawicieli. Na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 września 2006 r. Pan V.K. K, ustanowił pełnomocnikiem Punji Lloyd Ltd., Pana D T. Pełnomocnictwo udzielone Panu D również datowane jest na dzień 22 września 2006 r. Z treści pełnomocnictwa udzielonego Panu D wynika w sposób wyraźny, że Pan D jest umocowany do ustanawiania pełnomocników Punji Lloyd Ltd. w zakresie spraw wymienionych w pełnomocnictwie ogólnym w odniesieniu do punktów od 1 do 17.”

W związku z powyższym, w dniu 23 grudnia 2009 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazując na ofertę Przystępującego.

Przedmiotowa czynność stała się podstawą do wniesienia środków ochrony prawnej, będących przedmiotem niniejszego rozpoznania.

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:
W przedmiocie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego stwierdzić należy, iż zostały one podniesione po terminie. Odwołujący się miał możliwość zapoznania się z ofertą

8

Przystępującego z chwilą otwarcia ofert (art. 96 ust. 3 ustawy Pzp) i powziąć informacje, mogące stanowić podstawę zarzutów. W okolicznościach niniejszej sprawy, nie może budzić wątpliwości, że interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, przysługiwał Odwołującemu się od momentu zakwestionowania pierwotnego wyboru oferty

Odwołującego się, leżało to w najkorzystniejszej. Wbrew twierdzeniom interesie

Odwołującego się, bowiem w sytuacji uznania zarzutów Przystępującego, wybór oferty najkorzystniejszej podlegałby wzruszeniu, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Wydaje się zresztą, iż Odwołujący się zdawał sobie z powyższego sprawę, gdyż zarówno w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Przystępującego, a następnie w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, podnosił zarzuty w przedmiocie wadliwego umocowania Pana D, a w konsekwencji lidera Odwołującego się Konsorcjum oraz braku wymaganego doświadczenia, jednakże uczynił to w sposób nieskuteczny. Zatem, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, nie może budzić zdziwienia fakt, że Krajowa Izba Odwoławcza nie wzięła przedmiotowych zarzutów pod uwagę. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, iż w ramach instytucji przystąpienia do postępowania odwoławczego nie jest możliwe podejmowanie czynności, które pozostają w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której zostało zgłoszone przystąpienie. Z tych względów Krajowa Izba Odwoławcza pominęła argumentację Odwołującego się w wyżej wymienionym zakresie, gdyż jako nie uznana przez Zamawiającego, pozostawała w sprzeczności z jego twierdzeniami. Nieskuteczność podniesienia wskazanych zarzutów powoduje, iż Izba nie jest uprawniona do ich merytorycznego badania.

W niniejszej sprawie podkreślenia wymaga fakt, iż działania Odwołującego się stanowią pogwałcenie zasady koncentracji środków ochrony prawnej i jako takie nie zasługują na ochronę. Protest jest rodzajem sprzeciwu o funkcjach sygnalizacyjno-reklamacyjnych i prowadzić ma na bieżąco do korygowania ewentualnych uchybień popełnionych w toku postępowania przez Zamawiającego. Należy zgodzić się z tezą zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (sygn. akt V Ca 2056/07), że „Wykonawca ma bowiem ponadto obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, przewidziana w art. 183 Pzp, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym.” Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 7 kwietnia 2006 r. (Dz. U. z 2006 r., Nr 79, poz. 551) wprowadziła koncentrację środków ochrony prawnej, polegającą na jednoczesnym rozpatrywaniu protestów, o których mowa w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, z drugiej zaś strony konieczność zgłaszania, w ściśle określonym terminie (również z uwzględnieniem instytucji przystąpienia do protestu), przez wszystkich wykonawców

9

biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, nie znajdujących oparcia w przepisach prawa, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania.

W tych okolicznościach rozważenia wymaga kwestia prawidłowości umocowania Pana D w świetle dokumentów przedłożonych z pismem z dnia 23 grudnia 2009 r. Z powodów, o których była mowa wyżej, zarzuty dotyczące pełnomocnictwa Pana D sformułowane w oparciu o dokumenty przedłożone do oferty, należy uznać za podniesione po terminie. Fakt udzielenia wyjaśnień w tym przedmiocie pozostaje bez wpływu na powyższe stanowisko.

W pierwszej kolejności analizy wymaga pełnomocnictwo ogólne z dnia 22 września 2006 r., na podstawie którego spółka Punj Lloyd Ltd. ustanowiła Pana V.K. K swoim pełnomocnikiem. Zakres przedmiotowego pełnomocnictwa został określony w ten sposób, że „Spółka niniejszym ustanawia, nominuje i powołuje ww. Pana V.K. K (...) na swojego

faktycznego i prawnego pełnomocnika, nadając mu pełne ogólne prawa i uprawnienia do działania na rzecz i w imieniu Spółki, w szczególności do zarządzania Spółką i prowadzenia jej spraw. Bez uszczerbku dla powyższego zapisu o pełnych ogólnych prawach i uprawnieniach, niektóre z praw, które Spółka zamierza nadać rzeczonemu Pełnomocnikowi, zostaną poniżej wymienione, a Pełnomocnik będzie mieć pełne ogólne prawa i uprawnienia do działania na rzecz i w imieniu Spółki, w tym: (...) 17. Prawo do przenoszenia wszelkich, niektórych lub wszystkich praw/uprawnień, nadanych Pełnomocnikowi zgodnie z niniejszym dokumentem, na dowolnego pracownika Spółki lub na inną osobę („Wyznaczona Osoba”) oraz prawo do upoważniania takiej Wyznaczonej Osoby do dalszego przenoszenia wszelkich, niektórych lub wszystkich praw, nadanych Wyznaczonej Osobie, na dowolnego pracownika Spółki lub na inną osobę (Dalsza Wyznaczona Osoba”).

Przedmiotowe pełnomocnictwo stało się podstawą do udzielenia przez Pana V.K. K pełnomocnictwa szczególnego Panu D. Z treści powołanego pełnomocnictwa wynika, iż „Spółka za pośrednictwem swojego ustanowionego Posiadacza Pełnomocnictwa Ogólnego Pana V.K. K niniejszym ustanawia, nominuje i powołuje ww. Pana D (...) na swojego faktycznego i prawnego pełnomocnika, nadając mu Ograniczone Pełnomocnictwo do działania na rzecz i w imieniu Spółki w następującym zakresie: Prawo do podpisywania i sporządzania pełnomocnictw dla wszelkich pracowników Spółki lub innych osób mających zastępować Posiadacza Pełnomocnictwa Ogólnego, do działania na rzecz i w imieniu Spółki lub na rzecz i w imieniu Posiadacza Pełnomocnictwa Ogólnego w zakresie wszelkich, niektórych lub wszystkich praw, wymienionych w punktach od 1 do 17 Pełnomocnictwa Ogólnego z dnia 22 września 2006 roku, sporządzonego dla Posiadacza Pełnomocnictwa Ogólnego.”

10

Zdaniem Izby, w świetle powołanej treści przedmiotowych pełnomocnictw, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego się, iż „nie obejmują swoim zakresem uprawnienia dla Pana D do udzielania spółce Radko pełnomocnictwa do występowaniu w przedmiotowym postępowaniu w imieniu Punj Lloyd Ltd.” Ponadto, zauważyć należy, iż Odwołujący się w żaden sposób nie wykazał takiej okoliczności. Poza sformułowanym twierdzeniem, nie przytoczył choćby treści tych postanowień przedmiotowych pełnomocnictw, które zdaniem Odwołującego się, wyłączałyby uprawnienie do ustanowienia Radko Sp. z o.o. do działania w imieniu Punj Lloyd Ltd. Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż stanowisko Odwołującego się nie może się ostać wobec okoliczności, iż Panu V.K. K przysługują „pełne ogólne prawa i uprawnienia do działania na rzecz i w imieniu Spółki”, które może przenosić zarówno na pracowników Spółki, jak i inne osoby. Korzystając z powyższego uprawnienia Pan V.K. K ustanowił dalszego pełnomocnika w osobie Pana D, posiadającego „prawo do podpisywania i sporządzania pełnomocnictw”, a więc prawo do ustanawiania pełnomocników z grona pracowników Spółki, jak również spoza kręgu tych osób, do działania na rzecz i w imieniu Spółki w zakresie punktów od 1 do 17 Pełnomocnictwa Ogólnego, co zgodnie z pkt 3 obejmuje „prawo do reprezentowania Spółki w związku z jej działalnością gospodarczą, do podpisywania ofert technicznych i handlowych, ofert cenowych, (...) prawo do składania, negocjowania, zawierania, sporządzania, podpisywania, pieczętowania, zatwierdzania, poprawiania, uzupełniania, doręczania i realizowania ofert, ofert przetargowych, zamówień, kontraktów, umów, dokumentów (...) oraz do dokonywania wszelkich dalszych czynności, które w jego opinii będą konieczne i wskazane w celu dokumentowania, rejestrowania lub w inny sposób zatwierdzania takich ofert, ofert przetargowych, zamówień dokumentów, kontraktów, umów (...).” Z powyższego z kolei, w sposób nie budzący wątpliwości wynika, iż Pan D T posiadał uprawnienie do umocowania Radko Sp. z o.o. do występowania w imieniu Punj Lloyd Ltd. w przedmiocie działalności gospodarczej Spółki.

Co do zarzutu, iż nie wiadomo, czy Pan A, udzielający pełnomocnictwa ogólnego, był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji Punj Lloyd Ltd. wskazać należy, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem brak okoliczności potwierdzających w istocie przypuszczenie Odwołującego się. Odwołujący się w tym przedmiocie nie przedstawił żadnych dowodów. W tym miejscu zauważyć należy, iż przyjęty przez Odwołującego się sposób formułowania zarzutów nie może wywierać żadnych skutków. Odwołujący się zdaje się zapominać, iż wzbudzanie wątpliwości, co do okoliczności wynikających z treści przedłożonych przez Przystępującego jest niewystarczające w świetle art. 14 ustawy Pzp w

zw. z art. 6 k.c. Twierdzenia, z których Odwołujący się wywodzi skutki prawne podlegają udowodnieniu przez Odwołującego się, w żadnym zaś razie przez Przystępującego. Analogiczną argumentację należy odnieść do stanowiska Odwołującego się, iż brak

11

informacji, czy w dacie udzielania pełnomocnictwa ogólnego Pan A sprawował funkcję Prezesa Spółki Punj Lloyd Ltd.

Co się zaś tyczy terminu obowiązywania pełnomocnictwa szczególnego to zgodzić się należy z Odwołującym się, iż jak wynika z angielskiej treści dokumentu, data to uległa przerobieniu. Jednakże przedmiotowa zmiana została potwierdzona przez udzielającego pełnomocnictwa Pana V.K. K i nie została skutecznie zakwestionowana przez Odwołującego się. Odwołujący się bowiem w żaden sposób nie wykazał, iż termin ten jest inny w oryginalnej wersji językowej pełnomocnictwa, zaś tego, że podpis uwidocznił przy zmianie należy do Pana V.K. K, Odwołujący się nie kwestionuje. Natomiast Izba nie podziela twierdzeń Odwołującego się, iż dla skuteczności dokonanej zmiany niezbędne jest jej dokonanie w obecności wskazanych w kwestionowanym dokumencie świadków. Brak dowodów, na podstawie których przyjęcie powyższego stanowiska byłoby uzasadnione.

W odniesieniu zaś do zarzutu potwierdzenia przez Pan D przedmiotowych pełnomocnictw stwierdzić należy, iż przedmiotowe nie narusza postanowień SIWZ. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż zgodnie z pkt 7 części IV SIWZ „dokumenty wymagane w niniejszej specyfikacji muszą być przedstawione w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę tj. osobę(y) uprawnioną/upelnomocnioną do reprezentowania firmy”. Przyjąć należy, iż w odniesieniu do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie, na mocy przepisu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, wskazaną osobą jest pełnomocnik ustanowiony członków Konsorcjum. Okoliczności, iż rzeczonym pełnomocnikiem jest Pan D, Odwołujący się nie kwestionował. Zarzuty Odwołującego się zmierzały jedynie do wykazania wadliwości umocowania Pana D, a w konsekwencji Pana D

W opinii Izby, przedstawione, we wniosku Przystępującego o otwarcie zamkniętej rozprawy, okoliczności, nie posiadają cechy istotności, z punktu widzenia podjętego rozstrzygnięcia, stąd brak przesłanki do zastosowania dyspozycji normy zawartej w art. 190 ust. 3 ustawy Pzp. Nadto, zauważyć należy, iż do kategorii „okoliczności ujawnionych po zamknięciu rozprawy” z pewnością nie sposób zaliczyć tych, które wynikają z dokumentów pozostających w dyspozycji strony, a nie przedstawionych wskutek zaniechania uczestnika postępowania, w istocie jedynie z powodu niedopuszczalnej formy, zważywszy na etap postępowania i które to zaniechanie było jedynie wynikiem działań Przystępującego.

Konkludując stwierdzić należy, iż zarzuty podniesione przez Odwołującego się nie znajdują uzasadnienia, za wyjątkiem naruszenia przepisu art. 180 ust. 7 w zw. z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp. Jednakże powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania i jako takie, w świetle przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, nie podstaw do uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

12

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

13

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....