

POSTANOWIENIE
z dnia 3 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 3 lipca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 r. przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Trzebnica w Trzebnicy, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum: Trzebnicki Zakład Gospodarki Komunalnej ERGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebnicy, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oławie, ul. Portowa 7** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1474/13 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. odrzucić odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciążyć Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7 i :**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA Spółki Akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7** na rzecz **Gminy Trzebnica w Trzebnicy, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1** kwotę 4 323 zł. 24 gr (słownie : cztery tysiące trzysta dwadzieścia trzy złote dwadzieścia cztery grosze)

1

tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. zastępstwa prawnego i dojazdów.

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Trzebnica zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Trzebnica, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2013r. za numerem 2013/S 072 – 120183. W dniu 7 czerwca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum: Trzebnicki Zakład Gospodarki Komunalnej ERGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebnicy, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Oławie, ul. Portowa 7.

W dniu 17 czerwca 2013r. drogą elektroniczną odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wniósł wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7 –dalej odwołujący. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym za pomocą ważnego w dacie wniesienia odwołania certyfikatu złożonym przez pełnomocnika Zuzannę Niziołek działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 czerwca 2013r. udzielonego przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7 i podpisanego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 17 czerwca 2013r. Kopia została podpisana przez pełnomocnika Aleksandrę Brzozę działającą na podstawie pełnomocnictwa Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

- art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. 2010r. poz. 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) przez zaniechanie wezwania przez zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: Trzebnicki Zakład Gospodarki Komunalnej ERGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebnicy, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oławie, ul. Portowa 7, którzy nie złożyli w terminie wymaganych przez zamawiającego prawidłowych pełnomocnictw, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, zdaniem odwołującego zamawiający zobowiązany był do dokonania takiego wezwania, tak aby potwierdzić

3

spełnianie wymagań siwz określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert,

- art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, który złożył ofertę z naruszeniem postanowień rozdziału X pkt 4, gdzie zamawiający wymagał, aby oferta była podpisana przez osoby należycie upoważnione do zaciągania zobowiązań w imieniu składającego ofertę.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty błędnie uznanej za najkorzystniejszą i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej – oferty odwołującego. Wskazał, że ma niewątpliwy i słuszny interes w uzyskaniu zamówienia. Podniósł, że wykonawca wybrany nie załączył do oferty uchwały zgromadzenia wspólników Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych van Gansewinkel Dolny Śląsk Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oławie, ul. Portowa 7 wyrażającej zarządowi zgodę na zaciągnięcie zobowiązań na kwotę przekraczającą 500 000 zł. W ocenie odwołującego zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia uchwały zgromadzenia wspólników podjętej na nadzwyczajnym zgromadzeniu wspólników najpóźniej w dacie składania ofert. Obowiązek podjęcia takiej uchwały zdaniem odwołującego wynika wprost z przyjętego sposobu reprezentacji Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych van Gansewinkel Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oławie, ul. Portowa 7 ujawnionego w KRS, a zamawiający wymagał podpisania oferty przez osoby umocowane.

W dniu czerwca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21 czerwca 2013r. drogą elektroniczną i pisemnie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego od Konsorcjum: Trzebnicki Zakład Gospodarki Komunalnej ERGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebnicy, Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oławie, ul. Portowa 7. Konsorcjum wskazało, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż przygotował prawidłową ofertę, a zarzut odwołującego jest bezzasadny, nadto oferta Konsorcjum została uznana za najkorzystniejszą, co wiąże się z uzyskaniem prawa do zamówienia publicznego. Zgłoszenie zostało podpisane (opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym w okresie ważności certyfikatu) przez

członka zarządu i prokurenta lidera konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji lidera ujawnionym w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 20 czerwca 2013r.

4

Konsorcjum wniosło o oddalenie odwołania w całości i podniosło, że zasady reprezentacji partnera konsorcjum wynikają z odpisu z KRS. Przyznało, że gdyby zarząd partnera podpisywał ofertę wówczas wymagana byłaby zgoda zgromadzenia wspólników i wówczas zamawiający musiałby wezwać konsorcjum do uzupełnienia oferty. Ponadto podniósł, że gdyby nawet zarząd podpisał ofertę bez uchwały zgromadzenia wspólników, to taka czynność byłaby konwalidowalna w terminie 2 miesięcy od daty złożenia oświadczenia (oferty). Jednak sytuacja, że ofertę podpisał zarząd partnera w przedmiotowej sprawie jednak nie miała miejsca. Ofertę i wszystkie dokumenty w imieniu partnera podpisał prokurent samoistny, ograniczenia w sposobie reprezentacji dotyczą bowiem organu partnera tj. zarządu, ale nie prokurenta, który dokonując czynności w imieniu i na rzecz spółki działa samodzielnie bez współudziału członków zarządu lub innych organów. Uprawnienia kwotowe, czy przedmiotowe prokurenta nie zostały w żaden sposób ograniczone i są jemu przyznane szersze niż zarządowi uprawnienia w zakresie reprezentacji spółki na zewnątrz. Znajduje to według Konsorcjum oparcie w art. 109 i 110 oraz w wyroku WSA w Warszawie z dnia 4 czerwca 2009r. sygn. akt VII SA/Wa 486/09. Tym samym w ocenie Konsorcjum zamawiający nie mógł mieć żadnych wątpliwości co do zakresu uprawnień prokurenta i nie miał podstaw do żądania uzupełnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Oferta w postępowaniu została złożona przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7 oraz Usługi Komunalne Wodniki sp. z o.o. z siedzibą w Trzebnicy, ul. Piwniczna 12. Do oferty załączono pełnomocnictwo z dnia 16 maja 2013r. w którym ww. podmioty upoważniają Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7 pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo upoważniało m. in. do korzystania w imieniu członków konsorcjum z przysługujących w postępowaniu środków ochrony prawnej, udzielania dalszych pełnomocnictw w powyższym zakresie, pełnomocnictwo może być w każdym czasie odwołane, jeśli pełnomocnik konsorcjum podejmuje działania na szkodę pozostałych uczestników. Załączono do oferty także pełnomocnictwo z dnia 16 kwietnia 2013r. udzielone przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7 Aleksandrze Brzozie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

5

Izba oceniła, że wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy zasługuje na uwzględnienie, albowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Art. 179 ust. 1 ustawy określa krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania i są to: wykonawca, uczestnik konkursu, a także inny podmiot jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z ust. 2 art. 179 ust. środki ochrony przysługują także określonym organizacjom. Ten ostatni przypadek nie ma w przedmiotowym postępowaniu zastosowania, gdyż organizacje mogą wnosić środki ochrony prawnej na wcześniejszym etapie postępowania tj. przed upływem terminu składania ofert. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, więc odwołanie w tym zakresie nie może wnieść uczestnik konkursu. Zatem do rozważenia pozostaje czy odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę lub inny podmiot mający interes w uzyskaniu zamówienia i mogący ponieść szkodę. Odwołujący Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7 nie jest

wykonawcą, gdyż wykonawcą zgodnie ze złożoną ofertą są wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7 oraz Usługi Komunalne Wodniki sp. z o.o. z siedzibą w Trzebnicy, ul. Piwniczna 12. W postępowaniu samodzielnie nie została złożona oferta przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7 nie może również uzyskać zamówienia, skoro nie składał oferty, zatem nie jest także innym podmiotem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. W tej sytuacji należy uznać, że Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7, nie jest podmiotem uprawniony do wniesienia odwołania. Izba nie jest władna weryfikować oznaczenia strony przez ustalanie treści zawartych w ofertach. Nie jest także uprawniona do uzupełniania w tym zakresie braku formalnego, gdyż takiej podstawy braku w treści art. 187 ust. 3 ustawy, ani w § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280 ze zm. z 2013r. poz. 232), w taki sposób, aby nadać nieuprawnionemu podmiotowi wnoszącemu odwołanie, charakter wykonawcy. Izba na podstawie wniesionego odwołania nie była w stanie określić, że Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Ostrowskiego 7 działa także w imieniu innego podmiotu. Nie wynika to ani z oznaczenia strony, ani z treści załączonych do odwołania pełnomocnictw, ani z treści samego odwołania. W tej sytuacji Izba uznała, że wniosek zamawiającego zasługuje na uwzględnienie, a odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy

6

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit a i b i § 5 ust. 3 pkt. 1 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) obciążając odwołującego kosztami uiszczonego wpisu i nakazując zwrócić zamawiającemu koszty zastępstwa prawnego z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez cyt. rozporządzenie tj. 3600 zł. brutto oraz kosztów dojazdu, zgodnie z przedłożoną fakturą.

Izba nie uwzględniła natomiast wniosku przystępującego o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu, wskazując, że § 5 ust. 3 cyt. rozporządzenia dopuszcza możliwość zasądzenia kosztów dla przystępującego jedynie w przypadku, gdy postępowanie toczy się na skutek wniesionego przez przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Przewodniczący:

7