

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Marek Koleśnikow
Jolanta Markowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 13.08.2008 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: „Michalski-AAP”: Przedsiębiorstwo**
Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp.j. Tadeusz i Artur Michalscy, Autorska Agencja
Projektowa s.c., 64-100 Leszno, ul. Dembińskiego 14 od rozstrzygnięcia przez
zamawiającego **Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu, 50-375 Wrocław, ul. C.K.**
Norwida 25-27 protestu / protestów * z dnia 14.07.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do
po postępowania
odwoławczego..... stronie
odwołującego się oraz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System i Walas**
Sp. z o.o., 50-203 Wrocław ul. Dmowskiego 17b - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: „Michalski-AAP”: Przedsiębiorstwo**
Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp.j. Tadeusz i Artur Michalscy, Autorska Agencja
Projektowa s.c., 64-100 Leszno, ul. Dembińskiego 14
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł
00 gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty
wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: „Michalski-AAP”:**
Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp.j. Tadeusz i Artur
Michalscy, Autorska Agencja Projektowa s.c., 64-100 Leszno, ul.
Dembińskiego 14,
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:)
przez na rzecz
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
.....
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu
Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr. (słownie: trzydzieści pięć tysięcy
dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów
własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: „Michalski-**
AAP”: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp.j. Tadeusz
i Artur Michalscy, Autorska Agencja Projektowa s.c., 64-100 Leszno, ul.
Dembińskiego 14.

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wybudowanie budynku Centrum Nauk o żywności i żywieniu Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą pzp”.

Ogłoszenie o postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 kwietnia 2008 roku pod nr 2008/S 81-109828-2008.

Zamawiający w dniu 8 lipca 2008 roku poinformował o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane „Inter-System” Sp. z o.o. oraz Walas Sp. z o.o., zwane dalej Protestującym oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Michalski - AAP, w skład którego wchodzi Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp. j. Tadeusz i Artur Michalscy oraz Autorska Agencja Projektowa s. c., zwane dalej Odwołującym.

Czynność ta została oprotestowana przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane „Inter-System” Sp. z o.o. oraz Walas Sp. z o.o., które składając protest w dniu 14 lipca 2008 roku podniosło zarzuty naruszenia art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 23 ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy pzp, wskazując na :

1. nieprawidłowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polegające na wezwaniu do uzupełnienia skierowanego do członka konsorcjum, zamiast pełnomocnika,
2. nieprawidłowe wykluczenie Protestującego konsorcjum, polegające na nieskutecznym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów,
3. nie uznanie oferty Protestującego konsorcjum za najkorzystniejszą,
4. uznanie za najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum Michalski- AAP, mimo że wykonawca nie wykazał, że spełnia wymagany przez Zamawiającego warunek doświadczenia w zakresie wybudowania budynków użyteczności publicznej.

3

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 lipca 2008 roku, Konsorcjum Michalski - AAP w dniu 18 lipca 2008 (wpływ pisma do Zamawiającego) zgłosiło swoje przystąpienie do protestu po stronie Zamawiającego, wykazując swój interes prawny i wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający pismem z dnia 23 lipca 2008 roku, przekazany Odwołującemu w dniu 24 lipca 2008 roku poinformował o uwzględnieniu protestu w zakresie przywrócenia oferty Protestującego Konsorcjum do postępowania oraz wezwania w sposób prawidłowy pełnomocnika Konsorcjum do uzupełnienia brakujących w ofercie dokumentów i dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający, uzasadniając swoje stanowisko podzielił argumentację Protestującego Konsorcjum w zakresie braku skutecznego wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów i uznał, że skierowanie wezwania do członka Konsorcjum a nie pełnomocnika Konsorcjum było niewłaściwe.

Jednocześnie Zamawiający oddalił protest w zakresie żądania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Michalski - AAP, stwierdzając że żądanie to jest bezzasadne z uwagi na brak interesu prawnego, bowiem oferta Protestującego jest ofertą z niższą ceną.

Nie zgadzając się z częściowym uwzględnieniem protestu Odwołujący – Konsorcjum Michalski - AAP wniosło w dniu 29 lipca 2008 roku odwołanie, wykazując swój interes prawny i zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1, art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 24 czerwca 2008 skierował w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwanie do uzupełnienia dokumentów brakujących w ofercie Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane „Inter-System” Sp. z o.o. oraz Walas Sp. z o.o. , określając termin na dokonanie tej czynności do dnia 1 lipca 2008 roku.

Adresatem wezwania był Walas Sp. z o.o.. Odwołujący wskazuje, że z treści pełnomocnictwa załączonego do oferty wynika, że pełnomocnikiem konsorcjum został pan Marek Nowara a nie, jak twierdzi Protestujący, Przedsiębiorstwo Budowlane „Inter-

System” Sp. z o.o.. Nazwanie Przedsiębiorstwa Budowlanego „Inter-System” Sp. z o.o. Liderem nie jest równoznaczne z ustanowieniem go pełnomocnikiem, do oferty nie załączono umowy konsorcjum, z której mógłby wynikać taki fakt. W ocenie Odwołującego zastosowanie w przedmiotowym sporze będzie miał art. 61 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy pzp, zgodnie z którym możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia nie jest tożsama z faktycznym zapoznaniem się z jego treścią. Istotnym jest taki sposób doręczenia, który umożliwia adresatowi powzięcie wiadomości o treści

4

oświadczenia a nie sam fakt zapoznania się z treścią oświadczenia. Idea tworzenia konsorcjum, zawarta w ustawie pzp, zakłada wspólne i celowe współdziałanie uczestników konsorcjum w celu uzyskania zamówienia. W ocenie Odwołującego wynika z tego, że na etapie starania się o zamówienie uczestnicy konsorcjum informują się niezwłocznie o wszystkich zdarzeniach, które mają lub mogą mieć wpływ na jego przebieg.

Odwołujący stwierdził, że nie jest możliwe aby Walas Sp. z o.o. po otrzymaniu wezwania od zamawiającego, nie przekazała kopii tego pisma drugiemu członkowi konsorcjum czy pełnomocnikowi konsorcjum, tym bardziej, że już na etapie składania oferty, konsorcjum świadome było braków oferty.

Nie zgadzając się z argumentacją Protestującego, że uczestnik konsorcjum nie uzupełnił dokumentów, gdyż stosował się do ust. 5 pełnomocnictwa, Odwołujący podniósł, że żadne z postanowień pełnomocnictwa nie zdejmuje z uczestnika konsorcjum możliwości działania, szczególnie w sytuacji, gdy dla uzyskania brakujących dokumentów konieczne było współdziałanie członka Konsorcjum - Walas Sp. z o.o. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok sądu apelacyjnego z dnia 6 listopada 1991 roku, zgodnie z którym „mocodawca poprzez fakt udzielenia pełnomocnictwa nie traci możliwości dokonywania czynności, co do których udzielił upoważnienia”.

Ponadto Odwołujący dodał, że w ofercie nie podano adresu pełnomocnika, ani adresu do korespondencji, zatem Zamawiający miał pełne prawo kierować korespondencję do tego członka konsorcjum, którego uzna za właściwego.

Odwołujący wskazał dodatkowo na przepisy regulujące udział konsorcjów w postępowaniu o udzielenie zamówienia i dodał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą nie tylko solidarną odpowiedzialność za jego realizację, ale również od dnia, w którym podjęli decyzję wspólnego ubiegania się o zamówienie, zgodnie współdziałają w celu jego uzyskania. Tym samym między innymi informują się nawzajem o istotnych dla sprawy faktach, o których powzięli wiedzę. W ocenie Odwołującego powołanie pełnomocnika przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ma przede wszystkim na celu ochronę zamawiającego, maksymalne uproszczenie i skrócenie procedur. Jednak ustanawiając pełnomocnika, uczestnicy konsorcjum nie są pozbawieni możliwości działania, w tym odbierania i składania oświadczeń woli w stosunku do zamawiającego, tym bardziej, że pełnomocnik pełni także rolę pasywną (wyrok z dnia 24 sierpnia 2006 r. UZP/ZO /0-2334/06).

Odwołujący nie może się zatem zgodzić z twierdzeniem Protestującego, że tylko oświadczenia woli kierowane do pełnomocnika są skuteczne, a kierowane do uczestnika konsorcjum nie odnoszą skutku prawnego.

5

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uznanie zarzutów zawartych w proteście Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane „Inter -System” Sp. z o.o. i Walas Sp. z o.o., dotyczących wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania za bezpodstawne.

Odwołujący przekazał kopię odwołania w dniu 29 lipca 2008 roku Zamawiającemu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, pismem z dnia 5 sierpnia 2008 roku zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane „Inter-System” Sp. z o.o. oraz Walas Sp. z o.o., wykazując swój interes prawny i podtrzymując stanowisko zawarte w proteście.

Przystępujący powołał się na Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych, wydany

przez Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z którym „jeżeli wykonawcy działający wspólnie ustanowili pełnomocnika, zamawiający nie ma obowiązku wysyłania pism, zawiadomień na adres każdego z wykonawców działających wspólnie, natomiast powinien to czynić na adres pełnomocnika”. Wynika z tego, że to partnerzy konsorcjum a nie pełnomocnik pełnią rolę bierną. W ofercie Konsorcjum są zamieszczone wszystkie niezbędne dane, w tym adres pełnomocnika, na który winny być dokonywane doręczenia. W ocenie Przystępującego przywołany art. 61 kodeksu cywilnego nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, bowiem reguluje on kwestię kiedy oświadczenie woli jest złożone a nie komu ma być złożone. Istota pełnomocnictwa polega na tym, że pełnomocnik zostaje ustanowiony po to, aby reprezentować swojego mocodawcę czynnie i biernie. Przystępujący wskazał na możliwość zastosowania w tym zakresie przepisu art. 133 § 3 kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którym nie można uznać za skuteczne doręczenie oświadczenia skierowanego do strony z pominięciem pełnomocnika. Stanowisko to popart również dotychczasowym orzecznictwem Sądu Najwyższego. W ocenie Przystępującego, jeśli zamawiający dokonuje czynności względem jednego z członków konsorcjum a nie pełnomocnika, dokonuje jej ze skutkiem dla jednego konsorcjanta a nie całego konsorcjum.

6

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, którego oferta została uznana obecnie za najkorzystniejszą i który przystąpił do postępowania protestacyjnego wszczętego przez innego uczestnika postępowania posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

Zamawiający w pkt 9 rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) „Sposób przygotowania i założenia ofert” wymienił enumeratywnie dokumenty, jakie Wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu winni złożyć wraz z ofertą. Bezsprzeczna jest okoliczność, że w ofercie Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane „Inter - System” Sp. z o.o. i Walas Sp. z o.o. nie załączono następujących dokumentów, wymaganych przez Zamawiającego:

1. Aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału zakładu ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z opłatami podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty płatności lub wstrzymanie w całości decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
2. Aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy- wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.
3. Aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy- wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

7

Zamawiający w dniu 24 czerwca 2008 roku wystąpił w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp o uzupełnienie dokumentów brakujących w ofercie Konsorcjum. Adresatem wezwania do uzupełniania braków oferty był Walas Sp. z o.o., jeden z uczestników konsorcjum Przedsiębiorstwa Budowlanego „Inter-System” Sp. z o.o. oraz Walas Sp. z o.o.. (dowód:

pismo o sygnaturze RAP/12/2008).

Zamawiający przekazał pismo za pośrednictwem faksu z jednoczesnym żądaniem niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania pisma przez odesłanie jego treści wraz z adnotacją „otrzymałem”, datą oraz czytelnym podpisem osoby odbierającej faks po stronie Wykonawcy.

W dokumentacji postępowania znajduje się dowód otrzymania pisma o numerze RAP/12/2008, o czym świadczy odcisk datownika wraz z sformułowaniem „odebrane” i podpisem czytelnym osoby odbierającej pismo.

Okoliczność otrzymania przez Walas Sp. z o.o. pisma wzywającego do uzupełniania braków w ofercie jest między stronami bezsporna.

Istota sporu sprowadza się do stwierdzenia czy w sytuacji ustanowienia pełnomocnika Konsorcjum adresatem pisma wzywającego do uzupełnienia braków oferty mógł być jeden z członków konsorcjum, czy pismo to należało skierować do pełnomocnika Konsorcjum.

Skład orzekający zważył co następuje:

Instytucja Konsorcjum nie posiada odrębnej regulacji prawnej, nie jest instytucją nazwaną w przepisach prawa. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zawierają konsorcjum dla realizacji określonego celu, konsorcjum nie ma odrębnej osobowości prawnej. Przepis art. 23 ust.2 ustawy pzp obowiązuje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy. Pełnomocnik ustanowiony przez członków konsorcjum ma prawo do reprezentacji nie tylko czynnej, polegającej na np. złożeniu oferty, podpisaniu umowy ale także jest uprawniony do reprezentacji biernej, która może polegać na np. przyjmowaniu oświadczeń, zawiadomień kierowanych w trakcie trwania procedury o zamówienie publiczne.

W ocenie składu orzekającego Izby dla stwierdzenia skuteczności prawnej przekazania pisma wzywającego do uzupełnienia dokumentów brakujących w ofercie konieczne było doręczenie go ustanowionemu w tym postępowaniu pełnomocnikowi Konsorcjum.

Niewątpliwą jest bowiem okoliczność, że działający łącznie wykonawcy podejmując decyzję o współdziałaniu w celu uzyskania zamówienia publicznego, wyznaczyli jako Lidera Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Budowlane „Inter-System” Sp. z o.o. i upoważnili Prezesa Zarządu Lidera Konsorcjum do reprezentowania Konsorcjum oraz zawarcia umowy.

Z treści pełnomocnictwa z dnia 23 maja 2008 roku, załączonego do oferty Konsorcjum wynika, że pełnomocnik był w szczególności umocowany do m.in.: podpisania i złożenia

oferty przetargowej (pkt 3), przekazywania Zamawiającemu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji dotyczących przedmiotowego postępowania oraz oferty konsorcjum (pkt 4), a także uzupełniania dokumentów i oświadczeń w toku postępowania, potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego (pkt 5), udzielania Zamawiającemu wyjaśnień treści złożonej oferty (pkt 6) oraz prowadzenia korespondencji z Zamawiającym (pkt 17).

W ocenie składu orzekającego Izby udzielone przez członków Konsorcjum pełnomocnictwo ma charakter rodzajowy, zgodnie z art. 98 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16 ,poz. 93 z póź. zm.) i obejmuje umocowanie do dokonywania i przyjmowania określonych w nim czynności. Zatem, jeśli członkowie Konsorcjum udzielili pełnomocnictwa do dokonywania ściśle określonych w jego treści czynności prawnych i faktycznych w trakcie trwania procedury o zamówienie publiczne, w tym w szczególności do prowadzenia korespondencji z Zamawiającym, to należy uznać, że dla skuteczności czynności prawnej względem całego Konsorcjum konieczne jest jej dokonanie przez ustanowionego w sprawie pełnomocnika. W ocenie składu orzekającego Izby tylko przekazanie pisma wzywającego do uzupełnienia braków oferty do pełnomocnika ustanowionego w postępowaniu może być uznane za prawidłowe i odnoszące skutek prawny w stosunku do konsorcjum a nie wyłącznie jednego z jego członków.

W ocenie składu orzekającego Izby może mieć w tej sytuacji pomocnicze zastosowanie przepis art. 133 § 3 ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku kodeksu postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z póź. zm.), zgodnie z którym w przypadku ustanowienia osoby upoważnionej do odbioru pism, doręczenia muszą być dokonywane do rąk tej osoby. W przeciwnym wypadku doręczenie takie jest bezskuteczne. Stanowisko to znajduje również

oparcie w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 1972 r., III CRN 324/72. Należy uznać przez fakt udzielenia pełnomocnictwa wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie wyzbywają się prawa do osobistego działania w imieniu własnym a nie w imieniu całego konsorcjum. Stwierdzenie to jednak odnosi się do sytuacji, gdy to wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia samodzielnie podejmują działania, natomiast nie dotyczy oceny skuteczności działań podejmowanych przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego, aby działania Zamawiającego odnosiły skutek prawny w stosunku do całego konsorcjum i prawnie wiązały składających wspólną ofertę wykonawców konieczne jest respektowanie zakresu udzielonego pełnomocnictwa do reprezentowania członków konsorcjum. W świetle powyższego należy uznać, że przekazanie wezwania do uzupełnienia braków w ofercie do jednego z członków konsorcjum w sytuacji, gdy inny członek konsorcjum posiada do tego stosowne upoważnienie należy uznać za nieprawidłowe i prawnie

9

bezskuteczne, zaś działania Zamawiającego zmierzające do poprawienia zaistniałego błędu formalnego i ponownego, prawidłowego skierowania wezwania do uzupełnienia dokumentów są w ocenie składu orzekającego lbzy zasadne. Wykonawcy bowiem nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z błędnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy należy uznać za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*