

WYROK

z dnia 23 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: Mateusz Michalec

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 11 marca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienie: **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa, Mott MacDonald Limited, Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey CRO 2EE United Kingdom, w imieniu i na rzecz której w Polsce działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa,**
- w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Oddział w Krakowie, Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków.**

o r z e k a:

1. Uwzględnia odwołanie,
2. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego konsorcjum: wykonawców: **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), ul. Waliców 11, 00- 851 Warszawa, Mott MacDonald Limited.**
3. Nakazuje dokonanie ponownej czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty.
4. kosztami postępowania **w kwocie 15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Oddział w Krakowie, Pl.**

1

Matejki 12, 31-157 Kraków.

5. Nakazuje zaliczyć kwotę uiszczoną przez odwołującego wpisu na poczet kosztów postępowania.
6. Zasądza od zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Oddział w Krakowie, Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków** na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa, Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey CRO 2EE United Kingdom, w imieniu i na rzecz której w Polsce działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Waliców 11; 00-851 Warszawie kwotę 15 000,00 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.**

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługę pn. "Pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków - Rzeszów," ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 5 października 2010 r. pod pozycją 2010/S 193 - 294835, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2011 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę – konsorcjum firm: Mott MacDonald Polska Sp. z o.o.

(pełnomocnik), Mott MacDonald Limited, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia wykonawców o wynikach postępowania pismem z dnia 25 lutego 2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum: Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A.; Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe HURTKOL sp. z o.o. oraz o odrzuceniu między innymi, oferty odwołującego. W dniu 2 marca 2011 r. zamawiający ponownie przesłał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty odwołującego. W piśmie tym stwierdził na wstępie, że ze względów formalnych anuluje pismo z dnia 25 lutego 2011 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), tj.: art. 7, art. 23 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 89 ust. 4 (brak takiej jednostki redakcyjnej), art. 89 ust. 1 pkt 8 art. 91 ustawy przez niezgodne z przepisami tej ustawy zaniechania oraz czynności podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy - konsorcjum Kolmen: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HURTKOL sp. z o.o.,
- 2) odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy,
- 3) dokonaniu wyboru oferty wykonawcy - konsorcjum Kolmen: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HURTKOL Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej, uniemożliwiające uzyskanie odwołującemu przedmiotowego zamówienia.

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie

3

zamawiającemu:

- 1) unieważnienia podjętych czynności, w szczególności w zakresie: wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, zgodnie z przepisem art. 91 ustawy Pzp przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał co następuje. W piśmie z dnia 2 marca 2011 r. zamawiający poinformował, iż wykonawca wybrany - konsorcjum Kolmen: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HURTKOL sp. z o.o., spełnia wszystkie warunki określone w ogłoszeniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), natomiast oferta odwołującego została odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów z powodu niewłaściwego umocowania prawnego osób podpisujących ofertę.

Odwołujący zakwestionował powyższe rozstrzygnięcie, powołując się na zasady wynikające z art. 7 ustawy Pzp, według których zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś zamówienia udziela wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący zarzucał, że zamawiający w zawiadomieniu z dnia 2 marca 2011 r. nie wskazał przepisu, z którego wywodził, że oferta odwołującego jest nieważna, co równoznaczne jest z tym, że nie zostało podane uzasadnienie prawne ani szczegółowe uzasadnienie faktyczne podjętej czynności.

Odwołujący przytoczył treść art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, upoważniającego zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Jednocześnie wyjaśniał, że zgodnie ze złożonym pełnomocnictwem z dnia 24 listopada 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Mott MacDonald Polska sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited, w imieniu której działa Mott MacDonald Limited sp. z o.o. Oddział w Polsce ustanowili pełnomocnika, uprawnionego do reprezentacji wykonawców. Pełnomocnikiem tym została osoba prawna, firma Mott MacDonald Polska sp. z

o.o. W imieniu osoby prawnej działa jej organ wykonawczy, tj. zarząd. Zgodnie ze sposobem reprezentacji podmiotu ustalonym w umowie spółki i uwidocznionym w rejestrze przedsiębiorców, załączonym do oferty odpisie z KRS, do reprezentowania spółki uprawnionych jest dwóch członków zarządu działających łącznie lub członek zarządu działający łącznie z prokurentem. Powyższe oznacza, iż członek zarządu powinien działać razem z jednym prokurentem, a nie kilkoma prokurentami ujawnionymi w rejestrze. Wskazał, że taka sytuacja zachodzi w tym przypadku. Ofertę z dnia 24 listopada 2010 r. podpisał

4

członek zarządu – p. Marian K. oraz prokurent – p. Małgorzata B. Na podstawie art. 109¹ Kodeksu cywilnego prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji nie ma konieczności udzielania oddzielnego pełnomocnictwa, gdyż prokura powstaje z mocy prawa. Prokura może być udzielona kilku osobom łącznie (prokura łączna) lub oddzielnie (art. 109 § 1 Kodeksu cywilnego). Wspólnicy - założyciele spółki w umowie spółki określili, że powołują kilka osób jako prokurentów udzielając im prokury łącznej, (co ogranicza prokurentów w przypadku, gdy działają razem) i wskazując sposób jej realizacji poprzez reprezentację łącznie z członkiem zarządu, co także zostało ujawnione w rejestrze przedsiębiorców. Odwołujący zaznaczał, że powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r. sygn. akt III CZP 6/2001, dopuszczalne jest udzielenie prokury jednej osobie z zastrzeżeniem, że może ona działać tylko łącznie z członkiem zarządu spółki lub współnikiem (podobnie w orzeczeniu SN z dnia 18 lutego 1938 r., OSN 1938). Tego rodzaju prokurę określa się mianem "prokury łącznej nieprawidłowej" czy też "niewłaściwej" (por. A. Buchenfeld, Prokura łączna nieprawidłowa - wybrane zagadnienia, Palestra 2003, nr 5-6). Tego typu konstrukcja w istocie nie jest ani prokurą oddzielną, ani prokurą łączną w rozumieniu kodeksu cywilnego. Jest to prokura udzielona jednej osobie - indywidualnie, jednakże nie może ona być wykonywana jednoosobowo, tylko łącznie z członkiem organu czy przedstawicielem ustawowym przedsiębiorcy. Wymóg łącznego współdziałania z inną - ustawowo upoważnioną do reprezentowania przedsiębiorcy - osobą nie wpływa na zakres umocowania prokurenta. Zakres umocowania jest bowiem stały, określony ustawowo i żadne czynności nie zostają z niego wyłączone. Konieczność współdziałania z członkiem organu czy przedstawicielem ustawowym należy natomiast traktować jako sposób wykonywania prokury, wprowadzony w celu zwiększenia kontroli nad działalnością prokurenta, podobnie jak jest to w przypadku prokury łącznej. W związku z brzemieniem przepisu art. 205 § 3 Kodeksu spółek handlowych reprezentacja spółki w razie udzielenia prokury może być realizowana dwutorowo. Z jednej strony spółka jest reprezentowana zgodnie z zasadami reprezentacji określonymi w umowie oraz w ustawie, z drugiej zaś - przez prokurentów (zgodnie z zasadami dotyczącymi ich działania). Ustawowe lub umowne zasady reprezentacji spółki nie wpływają na zakres uprawnień jej prokurentów. Udzielenie prokury oddzielnej (jednoosobowej) przez spółkę, w której zarząd obowiązuje zasada reprezentacji łącznej, nie wyłącza prawa prokurenta do samodzielnego reprezentowania spółki. Obowiązek współdziałania z innym członkiem zarządu czy prokurentem dotyczy wówczas członków zarządu, ale nie prokurenta. Jeżeli natomiast w spółce ustanowiono prokurę łączną, to dla reprezentacji łącznej mieszanej wystarczy

5

współdziałanie członka zarządu z jednym prokurentem (tak też M. Rodzyńkiewicz, Kodeks..., wyd. 1, s. 348; R. Pabis, Spółka..., s. 221; A. Szajkowski, A. Szumański; S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, K.s.h. - komentarz, t. II, s. 398).

Odwołujący podnosił, iż taka właśnie była intencja (zamiar) współników tej Spółki z o.o., aby określając sposób jej reprezentacji, zapewnić najbardziej optymalny zakres jej wykonywania. Z jednej strony pozwalając na większą kontrolę działalności poszczególnych osób, z drugiej strony jednak umożliwiając efektywny sposób działania. Odwołujący zaznaczał, że przedmiotowe stanowisko znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, między innymi w wyroku z dnia 3 marca 2009 r. (KIO/UZP 168/09, KIO/UZP 189/09 oraz w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. KIO/ UZP 1929/09). Prokura

ustanowiona prawidłowo upoważnia prokurenta (lub prokurenta z inną osobą, a więc łącznie, niekoniecznie z innym prokurentem) do samodzielnego wykonywania wszelkich czynności, które z mocy ustawy należą do zakresu czynności objętych prokurą. W tym przypadku prokura ogranicza działanie członka zarządu. Rozdzielić należy prokurę łączną od sposobu reprezentacji łącznej. Prokura samoistna oznacza, iż prokurent może działać samodzielnie. W przypadku, gdy prokurent działa wspólnie z innym prokurentem znajdują zastosowanie postanowienia o prokurze łącznej i w takiej sytuacji muszą oni występować razem. W przypadku, gdy prokurent działa razem z członkiem zarządu nie jest konieczny udział drugiego prokurenta, co wynika ze sposobu reprezentacji ujawnionego w KRS. W ocenie odwołującego, nie zachodziła konieczność udzielania odrębnego pełnomocnictwa, czy też zmiana sposobu reprezentacji w rejestrze przedsiębiorców, a złożona oferta została podpisana prawidłowo, jest ważna i jako taka powinna być poddana ocenie.

Zdaniem odwołującego zamawiający uchybił postanowieniom art. 7 ust 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców - wskutek uznania oferty konsorcjum Kolmen: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HURTKOL Sp. z o.o. za złożoną przez właściwie umocowanego pełnomocnika oraz braku wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tej kwestii, jak to zostało dokonane w przypadku oferty odwołującego się. Odwołujący podnosił, że oferta konsorcjum Kolmen powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Powołał się na brzmienie art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, iż w przypadku, o którym mowa w ust. 1, tj. gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, ustanawiają wówczas pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, w przekonaniu odwołującego, że wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich, a więc uczestników konsorcjum, a nie każdego z wykonawców z

6

osobna. Zdaniem odwołującego konsorcjum Kolmen: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HURTKOL sp. z o.o. złożyło pełnomocnictwa wystawione dnia 8 listopada 2010 r., z których wynika zakres reprezentowania partnera, tj. wyłącznie mocodawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie reprezentowania wykonawców występujących wspólnie. Powyższe potwierdzone zostało w dalszej części pełnomocnictw precyzujących ich zakres. Interpretowanie rozszerzające dopuszczone w treści tych pełnomocnictw nie jest możliwe zgodnie z obowiązującymi przepisami. Odwołujący podnosił, że zamawiający jest związany postanowieniami ustawy i SIWZ. Może zatem jedynie weryfikować spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w oparciu o zasady uczestnictwa, które ustanowił w SIWZ, a uprzednio podał w ogłoszeniu, i jedynie na podstawie dokumentów, których złożenia żądał na potwierdzenie spełnienia wymagań (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2010 r. - KIO/UZP 1455/10). Odwołujący wskazywał, że oferta konsorcjum Kolmen winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż jest niezgodna z ustawą i jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem odwołującego przedmiotowa oferta została złożona nie przez wykonawców występujących wspólnie, a przez dwa, a nawet trzy podmioty, które działają samodzielnie. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-2083/06 z 21 lipca 2006 r. mówiący, że jeżeli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia cyt. „podjęli decyzję o wspólnym działaniu, to muszą uwzględnić konsekwencje takiej decyzji (...) i swoją wolę wyraźnie wyartykułować w pełnomocnictwie składanym wraz z ofertą.”

Brak równego traktowania wykonawców, w ocenie odwołującego, potwierdza okoliczność odrzucenia oferty wykonawcy – konsorcjum: ECM Group Polska sp. z o.o. i Ingenieria IDOM Internacional S.A. (oferta nr 4) z powodu jej złożenia na formularzu ofertowym nieuwzględniającym zmiany nr 18 wprowadzonej w jego treści natomiast zaniechania odrzucenia wykonawcy konsorcjum Kolmen, który złożył ofertę na formularzu oferty zawierającym niepełną nazwę zadania w poz. 1) „Całkowita cena ofertowa brutto w zakresie pełnienia nadzoru inwestorskiego w okresie projektowania i realizacji robót budowlanych przy

umowie na Modernizację linii kolejowej E30, odcinek Kraków - Rzeszów Przetarg nr 1. - odcinek Podłęże - Bochnia od km 16,000 do 16,200", powinno być „...1.1...” oraz w poz. 2) „Całkowita cena ofertowa brutto w zakresie pełnienia nadzoru inwestorskiego w okresie projektowania i realizacji robót budowlanych przy umowie na Modernizację linii kolejowej E30, odcinek Kraków - Rzeszów Przetarg nr 1. - odcinek Podłęże - Bochnia od km 16,200 do 39,00", powinno być „...1.1...”. Zgodnie pkt. 12.6 Instrukcji dla wykonawców - Opis sposobu przygotowania oferty: zamawiający nie dopuszczał dokonywania w treści załączonych

7

dokumentów jakichkolwiek zmian ich treści (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków). Zdaniem odwołującego, konsorcjum Kolmen dokonało zmiany treści załącznika A do Formularza oferty poprzez opuszczenie w treści oznaczeń numerycznych nadzorowanych umów. Tym samym jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez to, że zamawiający dokonał wyboru oferty z ceną rażąco niską i przyjął wyjaśnienia złożone w tym zakresie przez konsorcjum Kolmen, odwołujący oświadczył, iż przedstawił swoje stanowisko poprzez przystąpienie w dniu 11 marca 2011 r. do postępowania odwoławczego wszczętego na skutek odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie i DB International GmbH z siedzibą w Berlinie, po stronie odwołującego w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu odnośnie czynności zamawiającego - dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień publicznych interes prawny odwołującego doznał uszczerbku, gdyż pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty spośród ofert spełniających wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do realizacji zamówienia został wybrany wykonawca konsorcjum: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HURTKOL Sp. z o.o.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 11 marca 2011 r., w dniu 11 marca 2011 r. za pośrednictwem telefaksu zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca wybrany konsorcjum Kolmen sp. z o.o. Oryginał przystąpienia został złożony do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2011 r., a więc z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Z opisanych wyżej przyczyn, Izba postanowiła nie dopuścić konsorcjum Kolmen sp. z o.o. do udziału w sprawie.

W odpowiedzi złożonej w dniu 22 marca 2011 r. zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania oraz o przyznanie kosztów zastępstwa prawnego, podnosząc, że

8

o skarżonych czynnościach zamawiającego, odwołujący powziął wiadomość w dniu 25 lutego 2011 r., zatem ustawowy termin wniesienia odwołania określony art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, upłynął w ocenie odwołującego, w dniu 4 marca 2011 r. Ponadto do zakwestionowania sposobu reprezentacji odwołującego doszło w dacie wezwania go do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia pełnomocnictwa w dniu 16 lutego 2011 r.

Zamawiający przyznał, iż jest mu znane orzecznictwo Sądu Najwyższego w kwestii tzw. prokury nieprawidłowej, wyrażone w uchwale z dnia 27 kwietnia 2001 r. IIICZP 6/2001, zgodnie z którym dopuszczalne jest udzielenie prokury jednej osobie z zastrzeżeniem, że może ona działać tylko łącznie z członkiem zarządu spółki. Mimo wątpliwości natury prawnej, stwierdził iż jest w stanie uznać pogląd o dopuszczalności takiego rozwiązania. Zdaniem zamawiającego inne przyczyny legły jednak u podstaw odmówienia skuteczności reprezentacji konsorcjum Mott

MacDonald przy podpisaniu oferty, gdyż w przedmiotowym przypadku prokura łączna została udzielona nie jednemu a dwom prokurentom. Dodatkowo przy nazwisku każdego z prokurentów widnieje wpis, że prokura jest łączna do reprezentacji z członkiem zarządu. Przy zastosowaniu wykładni gramatycznej, jak stwierdził zamawiający, wpisany w KRS sposób reprezentacji może oznaczać zarówno, że oboje łączni prokurenci mogą reprezentować spółkę w ramach reprezentacji mieszanej z członkiem zarządu, jak i to, że może to czynić każdy z nich bez udziału drugiego prokurenta. Z podanych wyżej przyczyn zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o przedstawienie pełnomocnictw do podpisania oferty. W odpowiedzi odwołujący nie przedstawił pełnomocnictw, lecz jedynie udzielił wyjaśnień.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że treść pełnomocnictw udzielonych przez Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HURTKOL Sp. z o.o. dla Firmy Menadżersko-Konsultingowej Kolmen sp. z o.o. jest wadliwa. Podkreślał, iż konsorcjum jest jedynie formą gospodarczego współdziałania tworzących je podmiotów, zatem nie może udzielić pełnomocnictw do reprezentowania go w postępowaniu, gdyż do tego są upoważnieni wyłącznie wchodzący w skład konsorcjum przedsiębiorcy. Tym samym określenie pełnomocnik konsorcjum oznacza pełnomocnika ustanowionego przez każdego z wykonawców. W kolejności udzielania pełnomocnictw nie można dopatrywać się żadnych uchybień.

W odpowiedzi na zarzut nierównego traktowania wykonawców i naruszenia art. 7 ustawy Pzp, zamawiający wyjaśnił podejmowane czynności wobec oferty konsorcjum ECM Group Polska sp. z o.o.

Zamawiający odpierał zarzuty zaniechania czynności odrzucenia oferty konsorcjum Kolmen, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Przyznał, że przygotowując załączniki do oferty w wersji edytowalnej SIWZ cz. I. Instrukcja dla wykonawców, niewłaściwie zdefiniował margines

tabeli, co spowodowało ucinanie ostatnich liter z poz. 1 i 2 załącznika A do formularza ofertowego. Usterka ta jest bez znaczenia, bowiem pełna nazwa nadzorowanych robót wraz z tzw. kilometracją odcinków linii kolejowej E-30 pozwala na identyfikację zadania.

Zarzut rażąco niskiej ceny oferty konsorcjum: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen sp. z o.o., uznał za niewykazany, zgłoszony bez żadnego uzasadnienia. Dodatkowo kopia odwołania nie zawierała załącznika, tj. przystąpienia przez konsorcjum Mott MacDonald do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 471/11, co w ocenie zamawiającego winno skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Ponadto tłumaczenia konsorcjum Kolmen na temat ceny przekonały zamawiającego, natomiast tłumaczenia odwołującego nie były wyczerpujące dlatego nie zostały uznane.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy pkt 2 ustawy Pzp, w szczególności uznając, iż zostało ono złożone przez osoby należycie umocowane, tj. przez członka zarządu lidera konsorcjum p. Mariana K. oraz prokurenta p. Małgorzatę B., zgodnie z pełnomocnictwem udzielonym liderowi konsorcjum tj. Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. przez partnera tego konsorcjum firmę: Mott MacDonald Limited, w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce oraz zgodnie ze sposobem reprezentacji lidera, podanym w odpisie z KRS Nr 47427.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania ze względu na niedołączenie kopii przystąpienia ze strony konsorcjum Mott MacDonald do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 471/11, który to dokument widnieje w spisie załączników do niniejszego odwołania. Przepis § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) określa treść odwołania obejmującą między innymi wykaz załączników. O załącznikach mówi zaś ust. 2 powołanej normy. Kopia omawianego przystąpienia została zamawiającemu przekazana w sprawie sygn. akt KIO 471/11. Brak załącznika, w szczególności takiego, którym zamawiający dysponował nie jest podstawą odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła również wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego z uchybieniem terminu. Faktem jest, że zamawiający powiadomił wykonawców pismem z dnia 25 lutego 2011 r. o wynikach

postępowania, jednakże pismem z dnia 2 marca 2011 r. ponowił tą czynność unieważniając poprzednie powiadomienie w całości. Działania zamawiającego nie mogą dezorientować wykonawców, czy wprowadzać ich w błąd, skutkując pozbawieniem możliwości efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej (wyrok ETS C-327/00 z dnia 27 lutego 2003 Santex SpA). Zatem zamawiający nie ma podstaw do stawiania zarzutów, iż odwołujący winien

10

zachować termin na wniesienie odwołania liczony od pierwszego - unieważnionego powiadomienia z dnia 25 lutego 2011 r. Należało również zważyć, iż wymienione zawiadomienie z dnia 25 lutego 2011 r. zostało anulowane w całości, a nie tylko w tej części, gdzie zamawiający dokonał uzupełnień i korekt.

Za całkowicie chybione Izba uznała stanowisko zamawiającego, jakoby odwołujący już od daty wezwania z dnia 16 lutego 2011 r. o wyjaśnienia sposobu reprezentacji i przedstawienia pełnomocnictwa był zobowiązany wnieść odwołanie, skoro podważał te czynności. Odwołujący bowiem, zgodnie z wezwaniem opartym o art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, złożył umotywowane wyjaśnienia w dniu 17 lutego 2011 r. i miał prawo oczekiwać, iż zostaną przyjęte, a jego oferta będzie podlegała merytorycznej ocenie. Zatem termin na wniesienie odwołania biegł od daty skutecznego powiadomienia odwołującego o wynikach przetargu, w tym o odrzuceniu złożonej oferty.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami, oferty odwołującego, oferty - wybranego wykonawcy konsorcjum Kolmen. Izba z urzędu na podstawie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp dopuściła dowód z akt postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie sygnatura akt KIO 471/11, w szczególności z wyroku z dnia 18 marca 2011 r. w tej sprawie.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, skoro wykazywał, iż naruszenie określonych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych spowodowało uszczerbek w jego interesie, wyrażający się brakiem możliwości uzyskania zamówienia publicznego, pomimo złożenia niepodlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Izba w całości podzieliła stanowisko odwołującego, że jego oferta została złożona przez osoby właściwie umocowane. Formularz ofertowy został podpisany przez członka zarządu Mott MacDonald sp. z o.o. p. Mariana H. K. oraz przez prokurenta p. Małgorzatę B. Pełnomocnictwem z dnia 24 listopada 2010 r. załączonym w dokumentach oferty, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Mott MacDonald Polska sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited, w imieniu której działa Mott MacDonald Limited sp. z o.o.

11

Oddział w Polsce, wyznaczyli pełnomocnika, uprawnionego do reprezentacji wykonawców. Pełnomocnikiem tym została ustanowiona osoba prawna: Mott MacDonald Polska sp. z o.o.

Zgodnie z art. 38 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Zatem umocowanie do działania przez organ osoby prawnej wynika wprost z ustawy. Umocowanie do działania w imieniu osoby prawnej może opierać się również na pełnomocnictwie, którego szczególnym rodzajem jest prokura uregulowana w przepisach art. 109 K.c. W imieniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zgodnie z art. 201 Kodeksu spółek handlowych działa jej zarząd, który reprezentuje spółkę.

Sposób reprezentowania spółki określa statut, w granicach wynikających z przepisu art. 205 § 1 ustawy K.s.h., który w przypadku zarządu wieloosobowego odsyła do sposobu reprezentowania spółki, określonego w umowie. Natomiast, gdy umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki

wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Zgodnie z § 3 powołanego art. 205 tej ustawy, przepisy § 1 i 2 nie wyłączają ustanowienia prokury jednoosobowej lub łącznej i nie ograniczają praw prokurentów wynikających z przepisów o prokurze.

Okoliczność bezsporną stanowi, że zgodnie ze sposobem reprezentacji lidera konsorcjum odwołującego - Mott MacDonald Polska sp. z o.o., ujawnionym w rejestrze przedsiębiorców KRS Nr 47427 w odpisie załączonym do oferty, do reprezentowania spółki uprawnionych jest dwóch członków zarządu działających łącznie lub członek zarządu działający łącznie z prokurentem. W wymienionym rejestrze widnieje wpis o powołaniu dwóch prokurentów, wśród których znajduje się p. Małgorzata B. Rodzaj prokury oznaczono jako: „łączna, do reprezentacji z członkiem zarządu.” Z powyższego wynika, że prokurent został upoważniony do reprezentowania spółki łącznie z drugim prokurentem, jak stanowi art. 109 4 K.c. lub z członkiem zarządu. Podstawą przytaczanych wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym, musiała być umowa spółki określająca taki właśnie sposób jej reprezentacji oraz uchwały uprawnionych organów o powołaniu członków zarządu oraz prokurentów. Powyższe oznacza, że czynność prawna dokonana przez członka zarządu oraz prokurenta, wywołuje skutki prawne dla podmiotu reprezentowanego. Ofertę odwołującego prawidłowo podpisał członek zarządu – p. Marian K. oraz prokurent – p. Małgorzata B., a wezwanie o przedstawienie pełnomocnictwa dla wymienionych osób było bezprzedmiotowe.

Izba nie podzieliła poglądów zamawiającego, że ze względu na udzielenie p. M. B. prokury łącznej, może ona działać jedynie łącznie z drugim prokurentem oraz, że dla prawidłowej reprezentacji spółki Mott MacDonald Polska sp. z o.o. koniecznym byłoby podpisanie oferty przez członka zarządu i dwóch prokurentów działających wspólnie w ramach udzielonej im prokury łącznej. Na podstawie art. 109 1 Kodeksu cywilnego prokura jest

12

pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę, podlegającym obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Prokura zgodnie z art. 109 4 § 1 K. c. istotnie może być udzielona kilku osobom łącznie (prokura łączna) lub oddzielnie (prokura samoistna). Z wpisu do rejestru przedsiębiorców w KRS wynika, że ustanowiono dwóch prokurentów, w tym p. M. B., udzielając im prokury łącznej, co ogranicza prokurentów w przypadku, gdy działają razem. Jednocześnie zawarty wpis uprawnia również prokurenta do reprezentowania spółki, wskazując sposób realizacji poprzez reprezentację łącznie z członkiem zarządu. Taką reprezentację Izba uznała za prawidłową i spójną z treścią wpisu - sposób reprezentacji podmiotu przez zarząd, iż „spółkę może reprezentować członek zarządu działający łącznie z prokurentem.” Powyższy pogląd, jak wywodził odwołujący, znajduje potwierdzenie zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r. sygn. akt III CZP 6/2001, dopuszczalne jest udzielenie prokury jednej osobie z zastrzeżeniem, że może ona działać tylko łącznie z członkiem zarządu spółki lub współnikiem (podobnie w orzeczeniu SN z dnia 18 lutego 1938 r. sygn. akt IC 170/37: „ustawa przewidując przy tzw. prokurze łącznej działanie prokurenta tylko przy współudziale drugiej osoby, bynajmniej nie zabrania, aby tą drugą osobą był członek zarządu spółki”). Tego rodzaju prokurę określa się mianem "prokury łącznej nieprawidłowej" czy też "niewłaściwej" (por. A. Buchenfeld, Prokura łączna nieprawidłowa - wybrane zagadnienia, Palestra 2003, nr 5-6). Jeżeli w spółce ustanowiono prokurę łączną, to dla reprezentacji łącznej mieszanej wystarczy współdziałanie członka zarządu z jednym prokurentem. Tak również przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadając się w tej kwestii w wyrokach z dnia 3 marca 2009 r. (KIO/UZP 168/09, KIO/UZP 189/09 oraz z dnia 29 stycznia 2010 r. UZP/KIO 1929/09). Nie ma znaczenia, iż w przypadku spółki z o.o. Mott MacDonald zostało ustanowionych dwóch prokurentów, a nie jeden, jak było w stanie faktycznym omówionym w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r. sygn. akt III CZP 6/2001, co w ocenie zamawiającego, miało potwierdzać odmienną kwalifikację prawną.

Także Kodeks cywilny. Komentarz - Rok wydania: 2006, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 2 pod red. prof. dr hab. Edwarda Gniewka podaje, że od prokury łącznej w rozumieniu komentowanego przepisu należy odróżnić tzw. prokurę łączną nieprawidłową („niewłaściwą”, „mieszaną”), pod którymi to pojęciami rozumie się prokurę udzieloną z zastrzeżeniem, że prokurent może działać jedynie łącznie z inną osobą, nie będącą prokurentem (chodzi najczęściej o członka zarządu lub współnika spółki handlowej - por.

bliżej: A. Buchenfeld, „Prokura łączna nieprawidłowa”, s. 31-38, a także uchwała SN z 27.4.2001 r., III CZP 6/01, OSP 2001, Nr 12, poz. 179 - tu z glosą A. Gierata - oraz glosy J. Naworskiego, MoP 2001, Nr 22, s. 1134-1136; P. Bielskiego, PPH 2001, Nr 12, s. 41-48 i M. Jasiakiewicza, PPH 2002, Nr 3, s. 44 i nast. do tego samego orzeczenia). Zatem niezależnie

13

od ilości wyznaczonych prokurentów, mogą oni działać łącznie z członkiem zarządu, jeżeli tylko taki sposób reprezentacji podmiotu został przyjęty w umowie spółki i ujawniony w stosownym rejestrze.

W ocenie Izby, złożona oferta przez konsorcjum odwołującego została podpisana przez osoby uprawnione z skutkiem prawnym dla lidera konsorcjum, a poprzez pełnomocnictwo udzielone liderowi także ze skutkiem dla odwołującego jako wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Mott MacDonald Polska sp. z o.o. i Mott MacDonald Limited. Nie zachodzi zatem wskazywana przez zamawiającego nieważność wymienionej oferty na podstawie odrębnych przepisów.

Odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający nader enigmatycznie uzasadnił tą czynność, stwierdzając jedynie, iż „oferta odwołującego została odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów z powodu niewłaściwego umocowania prawnego osób podpisujących ofertę.” Takie stwierdzenie nie czyni zadość przepisom art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wymagającym podania pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty. Dlatego też rozszerzanie i uzasadnianie zarzutów wobec kwestionowanej oferty w odpowiedzi na odwołanie, do których odwołujący nie mógł się odnieść w odwołaniu, należało uznać za niedopuszczalne.

Z powyższych względów Izba uznała, że zarzuty zamawiającego, iż oferta odwołującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów nie znajdują normatywnego wsparcia. W konsekwencji przez odrzucenie tej oferty zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp przez zamawiającego wskutek zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Kolmen. Ze złożonych pełnomocnictw z dnia 8 listopada 2010 r., wynika bezspornie zakres umocowania lidera Firmy Menadżersko-Konsultingowej Kolmen sp. z o.o. do reprezentowania uczestników konsorcjum: Przedsiębiorstwa Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A.; Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe HURTKOL sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W treści pełnomocnictw zawarte jest stwierdzenie, iż na podstawie art. 23 ustawy Pzp, w związku ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C odcinek Kraków – Rzeszów, w ramach konsorcjum: Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A.; Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe HURTKOL sp. z o.o., ustanawiamy liderem Firmę Menadżersko Konsultingową Kolmen sp. z o.o.

Pełnomocnictwa zostały podpisane przez osoby umocowane zarówno do działania w imieniu ww. lidera konsorcjum, jak i jego partnerów, przez co wymienione pełnomocnictwo

14

zostało przyjęte. Jest to w ocenie Izby, równoznaczne z prawem do reprezentowania wykonawców występujących wspólnie w ramach wymienionego konsorcjum. Przepis art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, stanowi, że w przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, wówczas zobowiązani są ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z ust. 3 art. 23 ustawy Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, co potwierdza, że mimo iż są to podmioty odrębne, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego służą im takie same prawa i obowiązki jak pojedynczemu wykonawcy. Treść przedstawionych pełnomocnictw podpisanych przez osoby uprawnione do działania w imieniu wszystkich uczestników konsorcjum, dowodzi skutecznego udzielenia go liderowi wraz z określeniem zakresu umocowania do reprezentowania wszystkich trzech uczestników konsorcjum Kolmen w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zawarcia umowy

w sprawie zamówienia publicznego, jako wykonawców występujących wspólnie. Brak podstaw do twierdzeń, iż przedmiotowa oferta została złożona nie przez wykonawców występujących wspólnie, a przez dwa, a nawet trzy podmioty, które działają samodzielnie. Za poprawne i oczywiste należało przyjąć stanowisko zamawiającego, że konsorcjum nie ma odrębnego bytu prawnego – jest zaledwie uzgodnioną umownie formą współdziałania podmiotów, zatem przy wyznaczeniu pełnomocnika może być jedynie reprezentowane przez przedstawicieli uczestników konsorcjum. Akt taki - udzielenie pełnomocnictwa, może zostać objęty jednym dokumentem lub odrębnymi dokumentami, co nie wpływa na jego ważność i skuteczność.

Treść kwestionowanych przez odwołującego pełnomocnictw oraz sposób ich sporządzenia, w ocenie Izby dowodzi, iż zgodnie z art. 65 § 1 K.c. taki był właśnie zamiar uczestników konsorcjum Kolmen, aby złożyć wspólnie ofertę w przedmiotowym postępowaniu, natomiast pełnomocnikiem konsorcjum ustanowić Firmę Menadżersko-Konsultingową Kolmen sp. z o.o. Brak podstaw do przypisania zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty Kolmen na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż przedstawione pełnomocnictwa konsorcjalne nie potwierdzają zarzutu niezgodności tej oferty z ustawą, tj. z art. 23 ust.2 ustawy Pzp.

Również zarzut odwołującego zaniechania przez zamawiającego odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty konsorcjum Kolmen, jako niezgodnej z treścią SIWZ, ze względu na nieścisłości formalne w załączniku A do formularza oferty, należało uznać za nietrafny. Nawet jeżeli w wymienionej tabeli załącznika A do oferty uległa przesunięciu środkowa kolumna, skutkiem czego w polach opisu dwóch nadzorowanych przetargów uległa zakryciu cyfra 1, co jak zamawiający przyznał miało miejsce, nie tylko w przypadku oferty konsorcjum Kolmen, nie świadczy o niezgodności treści oferty z treścią

15

SIWZ. Oferowany nadzór nad zakresem opracowań projektowych i robót realizacyjnych opisany został, oprócz wymienienia ich oznaczenia liczbowego także słownie w pełnych nazwach odcinków („odcinek Podłęże - Bochnia od km 16,000 do 76,200" oraz „odcinek Podłęże - Bochnia od km 16,200 do 39,000) w taki sposób, że nie ma możliwości uznania, że przedmiotem nadzoru mają być inne odcinki tej samej linii. Tym samym, bezpodstawne jest twierdzenie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Merytoryczna treść oferty konsorcjum Kolmen pozostała właściwa, natomiast stwierdzone zniekształcenie ma charakter formalny, a ponadto nie zostało ono wywołane przez konsorcjum Kolmen. Zamawiający potwierdził, że sam dokument – załącznik A do formularza oferty, udostępniony wykonawcom na stronie internetowej w formie edytowalnej, nie był przystosowany do rozmiarów standardowych.

Wymieniona nieścisłość, zdaniem Izby, kwalifikuje się do poprawy jako oczywista omyłka pisarska w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nie stoi temu na przeszkodzie postanowienie SIWZ – IDW punkt 12.6, że zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych dokumentów jakichkolwiek zmian ich treści (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków).

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez to, że zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum Kolmen zawierającej rażąco niską cenę oraz naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie wyjaśnienia złożonego przez konsorcjum Kolmen, Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. w sprawie sygn. akt KIO 471/11, w którym Izba uznała zarzut, iż konsorcjum Kolmen zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za rażąco niską cenę za pozbawiony uzasadnionych podstaw. Zatem kwestia, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 tej ustawy została przesądzona wcześniejszym wyrokiem Izby. Odwołujący nie sprecyzował stawianych zarzutów rażąco niskiej ceny oferty konsorcjum Kolmen, powołując się wyłącznie na swoje poprzednie przystąpienie w dniu 11 marca 2011 r. po stronie odwołującego do postępowania odwoławczego wszczętego na skutek odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie i DB International GmbH z siedzibą w Berlinie, w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu odnośnie czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu - dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. konsorcjum

Kolmen.

Zgodnie z procedurą rozpatrywania odwołań w sprawach zamówień publicznych, przystąpienie sprowadzało się wyłącznie do popierania stanowiska odwołującego. Ponadto

16

należało przyznać rację zamawiającemu, że niedopuszczalnym było odesłanie Izby do poszukiwania uzasadnienia w pismach złożonych w innym postępowaniu odwoławczym. Okoliczność, że inny wykonawca zgłosił analogiczny zarzut w swoim odwołaniu, nie zwalniało odwołującego od uczynienia zadość wymogom formalnym wnoszonego przezeń odwołania w postaci przytoczenia zarzutów i ich uzasadnienia, jeżeli uczestnik postępowania oprócz przystąpienia do postępowania odwoławczego zainicjowanego przez innego wykonawcę, zdecydował się wnieść odrębne odwołanie w zakresie tych samych czynności zamawiającego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, tj. potwierdzenie się wyłącznie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oraz naruszenie art. 7 ustawy Pzp - zasady równego traktowania wykonawców, w następstwie odrzucenia tej oferty, Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba uznała, że wobec nakazanej ponownej oceny ofert, stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, może mieć wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000,00 zł. tytułem zwrotu kosztów wpisu na podstawie § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

17

18