

POSTANOWIENIE
z dnia 1 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 1 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno - Wiertniczych G. Janik, R. Kuś Sp.j., 41 – 260 Sławków, ul. 23 Stycznia 15, CETCO EUROPE Limited, Office Suite 14B, Shamrock Plaza, Carlow, Ireland** w postępowaniu prowadzonym przez **Kujawsko-Pomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, 87 – 800 Włocławek, ul. Okrzei 74a,**

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A, 02 – 342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno - Wiertniczych G. Janik, R. Kuś Sp.j., 41 – 260 Sławków, ul. 23 Stycznia 15, CETCO EUROPE Limited, Office Suite 14B, Shamrock Plaza, Carlow, Ireland** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

1

Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno - Wiertniczych G. Janik, R. Kuś Sp.j., 41 – 260 Sławków, ul. 23 Stycznia 15, CETCO EUROPE Limited, Office Suite 14B, Shamrock Plaza, Carlow, Ireland tytułem wpisu od odwołania.

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 Włocławku.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest "Przebudowa wału przeciwpowodziowego Miejskiej Niziny Chełmińskiej w km 21+250 -43+890 etap I" przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oznaczonych jako Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno - Wiertniczych G. Janik, R. Kuś Sp. j. z siedzibą w Sławkowie oraz Partner Konsorcjum - CETCO (EUROPE) LTD Birch House, Scott Quays, Birkenhead, Merseyside CH 411 FB. Przedmiotem odwołania jest naruszenie przez Zamawiającego; Kujawsko - Pomorskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych we Włocławku art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] poprzez błędną wykładnię i uznanie, iż oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania rozwiązania

równoważnego a Odwołujący zaproponował wykorzystanie metody równoważnej i co istotne lepszej i skuteczniejszej od proponowanej w projekcie technicznym; art. 30 ust. 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący nie wykazał że zaproponowane przez niego materiały w postaci roztworu hydroizolacyjnego na bazie glin polimineralnych oraz w postaci wyrobu o nazwie CLAYFILL nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego, podczas gdy z załączonej do oferty dokumentacji, tj. badań laboratorium AGH wynika iż proponowana metoda nie tylko spełnia te wymagania ale nawet jest lepsza i skuteczniejsza oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 30 ust. 4 ustawy Pzp poprzez z jednej strony umożliwienie stosowania materiałów równoważnych z drugiej wymóg, aby proponowany materiał hydroizolacyjny zawierał w sobie betonit czym Zamawiający wyłączył możliwość zastosowania materiału równoważnego, co ponadto w konsekwencji narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także art. 26 ust 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń, że Odwołujący wykona zamówienie z materiałów opisanych w SIWZ w sytuacji gdy z dołączonych do oferty aprobat technicznych oraz z pozycji kosztorysowych wynikało, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu niejako do wyboru kilka równoważnych materiałów, z których można wykonać zadanie. Niniejsze odwołanie zostało podpisane przez wspólnika spółki jawnej - Dyrektora ds. Technicznych – Pana Romana K. Pismem z dnia 20 czerwca 2011 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał wnoszącego odwołanie wykonawcę do przesłania – w określonym terminie - dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby reprezentującej członka konsorcjum. W wykonaniu wezwania podpisujący odwołanie przekazał przy piśmie z dnia 24 czerwca 2011 r. przesłanym faxem pełnomocnictwo dla Pana Paddy'ego C. do podpisywania/autoryzowania dokumentów przetargowych w imieniu spółki w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, a także do udzielenia pełnomocnictwa Przedsiębiorstwu Robót Geologiczno - Wiertniczych G. Janik, R. Kuś Sp. j. z siedzibą w Sławkowie m.in. do wniesienia odwołania do Prezesa KIO. Oryginał tego pełnomocnictwa

3

przekazany został przy piśmie z dnia 27 czerwca 2011r. Na kopii przekazanej faxem, podobnie jak na oryginale z tłumaczeniem z języka angielskiego na polski widnieje data, która nie została przetłumaczona, jednakże bezspornie jest to data wystawienia pełnomocnictwa, tj. data 21 czerwca 2011 r. [w języku angielskim: 21 st June 2011]. To pełnomocnictwo zostało podpisane przez Mark J. – Dyrektora ds. Finansowych CETECO Europe Ltd Izba ustaliła także na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do Izby w dniu 29 czerwca 2011 r., że do oferty Konsorcjum załączony został akt założycielski spółki CETCO EUROPE LTD oraz Pełnomocnictwo z dnia 27.04.2011 r. dla wskazanego wyżej Lidera Konsorcjum podpisane przez Paddy C. w imieniu CETCO Europe Ltd. W treści tego pełnomocnictwa zawarte jest upoważnienie dla Lidera m.in. do wnoszenia środków ochrony prawnej określonych ustawą Prawo zamówień publicznych. Izba ustaliła także, że do oferty zostało załączone pełnomocnictwo z dnia 21 kwietnia 2011 r. dla Pana Paddy'ego C., którym to pełnomocnictwie zostaje on upoważniony do podpisywania i autoryzowania dokumentów przetargowych w imieniu firmy. To pełnomocnictwo zostało także podpisane przez wskazanego wyżej Pana J. - Dyrektora ds. Finansowych CETECO Europe Ltd. Na oryginale tego pełnomocnictwa w języku angielskim widnieje odrębna adnotacja, której polskie tłumaczenie oznacza, że to upoważnienie „Podpisano w biurze firmy w obecności notariusza Barry'ego K. H. w dniu 26.04.2011”. Innego dokumentu stwierdzającego umocowanie dla Pana J. do wystawiania pełnomocnictw oraz do składania oświadczeń woli i wiedzy w imieniu spółki CETCO, wykonawca nie przedstawił zarówno w ofercie, jak i w odpowiedzi na wezwanie. Wskazane pełnomocnictwo z dnia 21 kwietnia 2011 r. stanowiło podstawę dla Pana C. do udzielenia przedstawionego w ofercie dalszego pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2011 r. Przedsiębiorstwu Robót Geologiczno - Wiertniczych G. Janik, R. Kuś Sp. j. celem reprezentowania CETECO Europe Ltd w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie m.in. do wnoszenia środków ochrony prawnej określonych ustawą Pzp.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Warbud S.A. Z Warszawy, wnosząc o jego oddalenie, z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami przetargu i dokumentacją projektową, zatem podnoszone zarzuty i żądania są niezasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Tak jak wynika z przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, okoliczności wskazane w art. 189 ust.2 tej ustawy stanowią negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie

odwołania oraz skutkujące jego odrzuceniem i wydaniem postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Powyższe okoliczności Izba ustala przede wszystkim z urzędu. W odniesieniu do niniejszego odwołania Izba stwierdziła, że podlega odrzuceniu, albowiem zostało wniesione przez

4

podmiot nieuprawniony. W tym przypadku Izba ustaliła, że wskazana przesłanka odrzucenia została wypełniona, albowiem odwołanie zostało wniesione na podstawie wadliwych pełnomocnictw. Załączony do oferty dokument pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2011 r., został podpisany przez Pana Paddy C., który w tej dacie nie był umocowany do składania oświadczeń woli w imieniu CETCO Europe Ltd – Partnera Konsorcjum, w tym przypadku w szczególności co do wnoszenia środków ochrony prawnej. Okoliczność ta została potwierdzona pełnomocnictwem z dnia 21 czerwca 2011 r. przekazanym w kopii do Prezesa KIO w dniu 24 czerwca 2011 r. a w oryginale w dniu 28 czerwca 2011 r. Izba stwierdziła także, że wystawiający pełnomocnictwo z dnia 27 kwietnia 2011 r. jak i z dnia 21 czerwca 2011 r. Pan C. nie był także uprawniony do ustanawiania dalszych pełnomocników, albowiem pełnomocnictwo z dnia 21.04.2011 r. nie stanowi o upoważnieniu do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest "Przebudowa wału przeciwpowodziowego Miejskiej Niziny Chełmińskiej w km 21+250 -43+890 etap I" przez wykonawców oznaczonych jako Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Robót Geologiczno - Wiertniczych G. Janik, R. Kuś Sp. j. oraz Partner Konsorcjum - CETCO (EUROPE) LTD Birch House. Tym samym podpisujący odwołanie Dyrektor ds. Technicznych – Pan Roman K. nie był należycie umocowany do wniesienia odwołania w imieniu wskazanych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Izba podkreśla, iż zgodnie z orzecznictwem pojęcie „podmiot nieuprawniony” obejmuje także osobę nieuprawnioną do reprezentacji podmiotu wnoszącego odwołanie.

Kolejną okolicznością, która w niniejszej sprawie była uwzględniana to fakt nie wykazania umocowania dla Pana J. - Dyrektora ds. Finansowych CETECO Europe Ltd do składania oświadczeń woli w imieniu Spółki. Brzmienie adnotacji notariusza na pełnomocnictwie z dnia 21.04.2011 r. jednoznacznie wskazuje, że ta adnotacja nie stanowi o umocowaniu dla Pana J. do wystawiania pełnomocnictw oraz do składania oświadczeń woli i wiedzy w imieniu spółki CETCO. Na tym pełnomocnictwie dotyczącym Pana C., notariusz wyłącznie stwierdził, że pełnomocnictwo podpisano w biurze firmy w obecności notariusza Barry'ego K. H. w dniu 26.04.2011. Izba dodatkowo stwierdza, że pełnomocnictwo z dnia 21 czerwca 2011 r. nie zawiera notarialnego poświadczenia, aczkolwiek Odwołujący powołując się - w toku posiedzenia - na bliżej nieokreślone przepisy prawa angielskiego podkreślał, że zgodnie z tymi przepisami, fakt notarialnego potwierdzenia pełnomocnictwa stanowi o upoważnieniu danej osoby do składania oświadczeń woli w imieniu spółek osobowych.

Mając powyższe ustalenia na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

5

.....

6