

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 września 2009 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział II Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący - Sędzia SO Bogdan Popielarczyk

Sędziowie: SO Beata Tabaka

SO Agnieszka Cholewa-Kuchta (spr.)

Protokolant: Aneta Nowak

po rozpoznaniu w dniu 27 sierpnia 2009r. w Krakowie na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum w składzie RE-BAU spółka z oo w Krakowie i Wizja sp. z oo w Krakowie

przeciwko zamawiającemu Uniwersytetowi Pedagogicznemu im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie
na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 30 stycznia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 81/09

oddala skargę i zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego kwotę 3034 (trzy tysiące trzydzieści cztery) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie Konsorcjum składającego się ze spółki pod firmą RE-BAU Spółka z o.o. oraz WIZJA Spółka z o.o. w Krakowie od rozstrzygnięcia zamawiającego Uniwersytetu Pedagogicznego w Krakowie oraz obciążyła Konsorcjum kosztami postępowania, nakazując zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 1.524,66 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez Konsorcjum oraz dokonać zwrotu kwoty 18.475,34 zł z rachunku dochodów własnych

Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum. W uzasadnieniu Izba podała, że zamawiający Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku dydaktycznego Akademii Pedagogicznej w Krakowie z infrastrukturą techniczną przy ul. Podchorążych 2 w ramach realizacji projektu Rozbudowa Akademii Pedagogicznej im. KEN w Krakowie. W dniu 30 grudnia 2008r. Konsorcjum wniosło protest do zamawiającego na czynność odrzucenia oferty Konsorcjum i na rozstrzygnięcie postępowania przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ABM SOLID S.A. z/s w Tamowie. Konsorcjum zarzuciło zamawiającemu naruszenie przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 8 ust 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej pzp, przez odrzucenie ofert bez wymaganego prawem uzasadnienia faktycznego i prawnego; art. 7 ust. 1 pzp przez naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców; art. 89 ust. 1 pkt

2 pzp przez niewłaściwe zastosowanie oraz art. 91 ust. 1 pzp przez uznanie oferty ABM SOLID S.A. z/s w Tarnowie za najkorzystniejszą w sytuacji, gdy za taką powinna zostać uznana oferta złożona przez Konsorcjum. Odwołujące się Konsorcjum domagało się unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum; przywrócenia Konsorcjum do postępowania; unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty ABM SOLID S.A. z/s w Tarnowie oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem zasad określonych w art. 91 pzp z uwzględnieniem oferty złożonej przez Konsorcjum. Istnienie interesu prawnego Konsorcjum uzasadniło tym, że oprotestowana czynność zamawiającego skutkuje pozbawieniem go możliwości uzyskania zamówienia publicznego na realizację zadania. Pismem z dnia 7 stycznia 2009r. zamawiający oddalił protest Konsorcjum. W dniu 16 stycznia 2009r. Konsorcjum wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 pzp z uwagi na wniesienie protestu przez nieuprawniony podmiot. Zakres pełnomocnictwa obejmował jedynie reprezentowanie spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podpisanie i złożenie oferty zamawiającemu i podpisanie umowy z zamawiającym. Natomiast nie upoważniało do złożenia protestu. Izba wskazała, że jeszcze pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych z 1994r. ukształtował się pogląd, że do złożenia protestu wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe. Analogiczny pogląd został wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. w postanowieniach z dnia 5 maja 2008r. i 12 czerwca 2008r.

W skardze na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych Konsorcjum zarzuciło naruszenie art. 23 pzp w zw. z art. 98 k.c. przez uznanie, że pełnomocnictwo udzielone w dniu 1 grudnia 2008r. przez członka Konsorcjum nie upoważniało Lidera Konsorcjum do wniesienia protestu; art. 187 ust. 4 pkt 3 pzp przez uznanie, że protest wniesiony został przez podmiot nieuprawniony. Z ostrożności procesowej na wypadek niepodzielenia przez sąd powyższych zarzutów skarżący zarzucił dodatkowo naruszenie prawa materialnego a to art. 104 kc w zw. z art. 103 kc przez brak ich zastosowania. Rozstrzygnięciu polegającemu na oddaleniu protestu Konsorcjum zarzuciło naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 pzp przez odrzucenie ofert bez wymaganego prawem uzasadnienia faktycznego i prawnego; art. 7 ust. 1 pzp przez naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji; art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez niewłaściwe zastosowanie i wadliwe przyjęcie, że oferta Konsorcjum nie odpowiadała treści specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz art. 91 ust. 1 pzp przez uznanie oferty ABM SOLID S.A. z/s w Tarnowie za najkorzystniejszą w sytuacji, gdy za taką powinna zostać uznana oferta złożona przez Konsorcjum. Wskazując na

powyższe skarżący domagał się uchylecia zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenia co do istoty sprawy przez nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum, przywrócenie Konsorcjum do postępowania przetargowego, unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ABM SOLID S.A. z/s w Tarnowie oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem zasad określonych w art. 91 pzp z uwzględnieniem oferty złożonej przez Konsorcjum. Skarżący domagał się nadto zwrotu kosztów postępowania na rzecz Konsorcjum także przy uwzględnieniu kosztów poniesionych w związku z rozpoznaniem odwołania, zgodnie z art. 198 ust. 5 pzp. Zdaniem skarżącego postanowienie Izby nie było prawidłowe, bowiem udzielone pełnomocnictwo upoważniało do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego p.: „Zaprojektowanie i budowa budynku dydaktycznego Akademii Pedagogicznej z infrastrukturą techniczną przy ul. Podchorążych 2” w szczególności do podpisania i złożenia oferty zamawiającemu, udzielania wszelkich wyjaśnień i podpisywania umowy z zamawiającym. Nie ulega wątpliwości, że pełnomocnictwo obejmowało także wniesienie protestu na odrzucenie oferty. Jedynie z ostrożności procesowej skarżący powołał się na zachodzący w sprawie przypadek z art. 104 kc. Zamawiający bowiem przyjął protest, rozpatrzył go merytorycznie i poinformował resztę wykonawców o podjętej decyzji.

W odpowiedzi na skargę zamawiający domagał się jej oddalenia jako bezzasadnej i obciążenia skarżącego kosztami niniejszego postępowania.

Sąd Okręgowy zważył:

Istotą sprawy było rozstrzygnięcie jaki charakter miało pełnomocnictwo z dnia 1 grudnia 2008r. udzielone liderowi przez członka Konsorcjum, w szczególności czy swym zakresem obejmowało czynności ochrony jakie przewiduje ustawa o zamówieniach publicznych.

Poza sporem pozostaje, że przyjęte jest od lat w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej a wcześniej Zespołu Arbitrów a także sądów rozstrzygających skargi od tych orzeczeń, że pełnomocnictwo udzielone liderowi do składania wszelkich środków ochrony tj. protestów, odwołań i skarg musi mieć charakter rodzajowy tj zawierać upoważnienie do reprezentacji w takich postępowaniach (tak np. postan. ZA z 29.06.04r., UZP/ZO/0-948/04, postan. KIO z 16.06.09r., KIO/UZP 705/09, KIO/UZP 706/09) . Powyższe motywowane jest powołaniem się na treść art. 98 kc, bo składanie jakichkolwiek środków odwoławczych w ramach postępowania o uzyskanie zamówienia przekracza zakres zwykłego zarządu. Ten pogląd wydaje się na pierwszy rzut oka być dyskusyjny, zważywszy na fakt, że jedynym celem całej ustawy i udzielonego w ogóle pełnomocnictwa liderowi jest uzyskanie zamówienia a wszystkie przecież przewidziane w ustawie środki ochrony służą jego pozyskaniu. Zatem skoro lider jest upoważniony do reprezentowania w postępowaniu lub reprezentowania i podpisania umowy to wydaje się , że takie pełnomocnictwo obejmuje także składanie środków zaskarżania bo odbywa się to w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia i zmierza ściśle do jego uzyskania. Jakie więc są podstawy do wymagania od członka Konsorcjum udzielenia osobnego pełnomocnictwa do składania protestów, odwołań i skarg. Odpowiedź na powyższe daje układ samej ustawy, która wydzieliła z samego postępowania o udzielenie zamówienia czynności polegające na ochronie prawnej. Układ ustawy o zamówieniach publicznych jest taki, że w dziale II zawarte są przepisy w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia a w dziale VI środki ochrony prawnej, zatem sam ustawodawca wyodrębnił te czynności skargowe poza obręb samego postępowania choć wszystkie one mogą mieć miejsce tylko w jego ramach na różnych jego etapach. Wynika to z tego, że te czynności mogą ale nie muszą być podejmowane w trakcie postępowania, nie są koniecznym i niezbędnym składnikiem każdego postępowania o udzielenie zamówienia, strona może ale nie musi z nich korzystać. To uzasadnia żądanie od członka Konsorcjum udzielenia liderowi pełnomocnictwa do czynności polegających na podjęciu ochrony prawnej.

Nie chodzi zatem o to aby samo pełnomocnictwo miało charakter rodzajowy, co próbuje wykazać skarżący, ale o to by to pełnomocnictwo obejmowało czynność skargowe dając upoważnienie do ich podejmowania przez umocowanego. Pełnomocnictwo z 1 grudnia 2008r., nie obejmuje swym zakresem czynności zaskarżania, jest to pełnomocnictwo z art. 23 u.2 ustawy o zamówieniach upoważniające do działania w postępowaniu o udzielenie zamówienia i podpisania umowy, nie zawiera w swej treści upoważnienia do dokonywania czynności mających na celu skarżenie czynności zamawiającego. Jak wyżej wykazano podejmowanie czynności skargowych dla uzyskania zamówienia nie jest elementem podstawowym, nie musi mieć miejsca dla pozyskania zamówienia, dlatego ten rodzaj czynności nie obejmuje pełnomocnictwo do działania w postępowaniu o udzielenie zamówienia. „Skarżenie się” nie jest elementem koniecznym i niezbędnym postępowania o udzielenie zamówienia, dlatego też nie obejmuje tego ogólne pełnomocnictwo do działania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do tego rodzaju czynności wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe gdyż te przekraczają zwykły, jakby podstawowy zakres czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Brak pełnomocnictwa powoduje bezskuteczność złożonego protestu i nie może zostać on sanowany poprzez późniejsze jego uzupełnienie, przepisy bowiem regulujące tryb składania protestów i odwołań nie przewidują takiej możliwości.

Art. 104 kc mówiący o dokonaniu czynności jednostronnej bez umocowania stwierdza nieważność takiej czynności, zdanie 2 tegoż przepisu a także art. 103 kc w ogóle nie znajduje zastosowania w tejże sytuacji procesowej albowiem zgoda "na działanie bez umocowania" zakłada świadomość po stronie adresata oświadczenia braku takiego umocowania u osoby dokonującej jednostronnej czynności prawnej. W rachubę wchodzi zatem zgoda udzielona dopiero po uzyskaniu takiej wiedzy, a w tejże sprawie zamawiający po uzyskaniu wiadomości

o działaniu bez umocowania skarżącego (z orzeczenia KIO) konsekwentnie w tym postępowaniu wnosił o oddalenie skargi podzielać skarżone orzeczenie zatem takowej zgody nie można domniemywać.

Skoro więc skarżące Konsorcjum składając protest nie wylegitymowało się pełnomocnictwem upoważniającym do podjęcia ochrony prawnej ten nie mógł zostać skutecznie złożony i podlegać odrzuceniu, mimo iż zamawiający wadliwie rozpoznał go merytorycznie, KIO z urzędu bada skuteczność złożonego odwołania a to uzależnione jest od wcześniejszego wniesienia protestu (art. 187 u.4 pkt.3 ustawy). Zasadnie zatem odwołanie podlegało odrzuceniu a z przyczyn przytoczonych wyżej złożona skarga nie mogła zostać uwzględniona.

Orzeczono na podstawie art. 385 kpc w zw.z w zw.z z art. 198 u.2 zd.1 ustawy prawo zamówień publicznych. O kosztach postępowania w oparciu o art. 98 kpc w zw.z art. 191 par.1 kpc w zw.z art. 194 u.2 ustawy prawo zamówień publicznych.

Na oryginale wł, we podpisy
Zgodność z oryginałem stwierdza

Agnieszka Raca
Protokolarz dowy