

POSTANOWIENIE
z dnia 4 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **4 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) MyToll Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 2) STRABAG AG, 3) EFKON AG, 4) Kulczyk Holding Spółka Akcyjna, 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia **11 października 2010 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Kapsch TrafficCom AG, 2) Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 3) Texel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, am Europlatz 2, 1120 Wiedeń, Austria** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) MyToll Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 2) STRABAG AG, 3) EFKON AG, 4) Kulczyk Holding Spółka Akcyjna, 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) MyToll Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 2) STRABAG AG, 3) EFKON AG, 4) Kulczyk Holding Spółka Akcyjna, 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) MyToll Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 2) STRABAG AG, 3) EFKON AG, 4) Kulczyk Holding Spółka Akcyjna, 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7**

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Krajowy System Poboru Opłat, w tym czynności związane z poborem Opłaty Elektronicznej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 roku.

W dniu 11 października 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) MyToll Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 2) STRABAG AG, 3) EFKON AG, 4) Kulczyk Holding Spółka Akcyjna, 03-472 Warszawa, ul. Brechta 7, zwani dalej odwołującym się, wnieśli protest na czynność zamawiającego polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty. O czynności zamawiającego odwołujący się powziął wiadomość w dniu 1 października 2010 roku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp oraz zażądał powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórnego obliczenia i przyznania punktów wykonawcom zgodnie z punktem 3 protestu, odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Kapsch TrafficCom AG, 2) Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 3) Texel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, am Europlatz 2, 1120 Wiedeń, Austria (dalej: konsorcjum Kapsch) oraz – alternatywnie – odrzucenia oferty konsorcjum Kapsch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, względnie – w przypadku nie uwzględnienia powyższego – unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 15 października 2010 roku zamawiający oddalił protest..

Pismem z dnia 25 października 2010 roku (wpływ bezpośredni do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w tym samym dniu) odwołujący wniósł do Prezesa Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście.

W dniu 4 listopada 2010 roku do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Kapsch TrafficCom AG, 2) Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 3) Texel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, am Europlatz 2, 1120 Wiedeń, Austria

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron i przystępującego, przeprowadziła dowody z dokumentacji akt sprawy, nadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 187 ust. 6 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza obowiązana jest każdorazowo badać, czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania. Katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania zawarty jest w art. 187 ust. 4 ustawy.

W myśl art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony. Dyspozycja wskazanego przepisu dotyczy także nieprawidłowej reprezentacji podmiotu wnoszącego środek odwoławczy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że protest i odwołanie zostały podpisane przez radcę prawnego Dominika Solskiego działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Pana Thomasa H., któremu z kolei pełnomocnictwa do działania w imieniu odwołującego się konsorcjum udzielił lider konsorcjum – MyToll Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Dokument pełnomocnictwa dla Pana Thomasa H. znajduje się na stronie 29 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożonego przez odwołującego się. Z treści dokumentu nie wynika, iż Pan Thomas H. upoważniony został do udzielania dalszych pełnomocnictw w ramach posiadanego pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo, którego Pan Thomas H. udzielił radcy prawnemu Dominikowi Solskiemu zostało zatem udzielone bezpodstawnie.

Odwołujący się dopiero do odwołania, które złożył w dniu 25 października 2010 roku dołączył pełnomocnictwo z dnia 14 września 2010 roku udzielone przez lidera odwołującego się konsorcjum Panu Thomasowi H. zawierające klauzulę, iż pełnomocnictwo obejmuje prawo udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie objętym pełnomocnictwem. Dokument pełnomocnictwa podpisany został przez Pana Jacka M. i przez Pana Łukasza C. – członków

zarządu lidera odwołującego się – MyToll Sp. z o.o. Wraz z odwołaniem odwołujący się przedłożył odpis z KRS dla lidera konsorcjum aktualny na dzień 17 maja 2010 roku. Z przedłożonego odpisu wynika, iż reprezentacja MyToll Sp. z o.o. w przypadku zarządu wieloosobowego wymaga działania dwóch członków zarządu łącznie z prokurentem albo dwóch prokurentów działających łącznie.

Z powyższego wynika zatem, iż pełnomocnictwo z dnia 14 września 2010 roku zostało udzielone niezgodnie z ujawnioną w KRS zasadą reprezentacji lidera konsorcjum – MyToll Sp. z o.o. Z przedłożonej przez zamawiającego kopii strony 177 Monitora Sądowego i Gospodarczego nr 206/2010 wynika, iż dopiero w dniu 30 września 2010 roku został zmieniony sposób reprezentacji MyToll Sp. z o.o. dopuszczający w przypadku zarządu wieloosobowego reprezentację dwóch członków zarządu łącznie albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem albo przez dwóch prokurentów działających łącznie. Odwołujący się nie wykazał innego sposobu reprezentacji niż wynikający z przedłożonych dokumentów.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż nawet w przypadku, gdyby przedłożone wraz z odwołaniem pełnomocnictwo dla Pana Thomasa H. było prawidłowe, i tak nie mogłoby to mieć wpływu na skuteczność złożenia protestu. Sam fakt udzielenia pełnomocnictwa w dniu 14 września 2010 roku pozostaje bez znaczenia w przypadku, gdy pełnomocnictwo to nie zostało przedłożone wraz z protestem. Brak ten nie może zostać sanowany na późniejszym etapie postępowania.

Stosownie do art. 14 ustawy – Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Przepis art. 14 ustawy Pzp stanowi, iż w zakresie odrębnie nieuregulowanym w przepisach prawa zamówień publicznych, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy stosować wprost (a nie jedynie odpowiednio) przepisy kodeksu cywilnego. Tak wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 stycznia 2004 r. (V CA 2344/03): "Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym (proceduralnym) nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować".

Pełnomocnictwo upoważniające do wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zatem pełnomocnictwem prawa cywilnego materialnego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 grudnia 2002 r., wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 stycznia 2003 r.). Zakwalifikowanie pełnomocnictwa do pełnomocnictw o charakterze materialnoprawnym powoduje, że

możliwość ustanowienia dalszych pełnomocników należy oceniać w świetle przepisu art. 106 Kodeksu cywilnego. W myśl tego przepisu pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa.

Substytut jest pełnomocnikiem mocodawcy, więc mają do niego zastosowanie wszystkie przepisy dotyczące pełnomocnictwa. W szczególności podnieść należy, iż zgodnie z treścią art. 104 Kodeksu cywilnego jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Tym samym Izba uznała, że radca prawny Pan Dominik S., wnoszący w imieniu odwołującego się protest i odwołanie, nie posiadał umocowania uprawniającego do działania w zakresie dokonanych czynności. Uzasadnia to wniosek, iż zarówno protest, jak i odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 ze zmianami) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....