

Sygn. akt KIO/UZP 1292 /08

WYROK
z dnia 27 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Renata Tubisz
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Firma Drogowa DROMAK Krakowski, Ośrodek ,Rosiński Sp. j., 98-220 Zduńska Wola Poręby 26b, Firma P.U.H. WADRI Wawrzyńczak Zuzanna ,BUD-TRANS Roboty Budowlano Drogowe J. Karbowski , SIDROG Sp. z o. o. ,Zakład Produkcji Znaków Drogowych WIMED Z. Dąbczyński ,F.P.H.U. BADERA Tadeusz Badera** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi 90-056 Łódź** protestu z dnia **23 października 2008r.**

przy udziale **Konsorcjum Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. w Sieradzu Czartki 60, 98-200 Sieradz**

- **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A.**
- **Przedsiębiorstwa Drogowe LAMBDA Sp. z o.o.**
- **Przedsiębiorstwa Usługowo – Handlowego DROGPOL Andrzej Bojda, Waldemar Kołodziejski, Zbigniew Rakus Sp. J.**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego na część V zamówienia, nakazuje unieważnienie czynności uwzględnienia protestu Przystępującego w zakresie dokonania ponownej oceny ofert na część V zamówienia

2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Odział w Łodzi 90-056 Łódź i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Firma Drogowa DROMAK Krakowski, Ośrodek ,Rosiński Sp. j., Firma P.U.H. WADRI Wawrzyńczak Zuzanna ,BUD-TRANS Roboty Budowlano Drogowe J. Karbowski , SIDROG Sp. j. z o. o. ,Zakład Produkcji Znaków Drogowych WIMED Z. Dąbczyński ,F.P.H.U. BADERA Tadeusz Badera**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Odział w Łodzi 90-056 Łódź** na rzecz **Konsorcjum: Firma Drogowa DROMAK Krakowski, Ośrodek ,Rosiński Sp. j., Firma P.U.H. WADRI Wawrzyńczak Zuzanna ,BUD-TRANS Roboty Budowlano Drogowe J. Karbowski , SIDROG Sp. j. z o. o. ,Zakład Produkcji Znaków Drogowych WIMED Z. Dąbczyński ,F.P.H.U. BADERA Tadeusz Badera** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Firma Drogowa DROMAK Krakowski, Ośrodek ,Rosiński Sp. j., Firma P.U.H. WADRI Wawrzyńczak Zuzanna ,BUD-TRANS Roboty Budowlano Drogowe J. Karbowski , SIDROG Sp. j. z o. o. ,Zakład Produkcji Znaków Drogowych WIMED Z. Dąbczyński ,F.P.H.U. BADERA Tadeusz Badera**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na bieżące utrzymanie dróg i obiektów mostowych w latach 2008 -2012 oraz zimowe utrzymanie dróg w latach 2009 -2012 na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi (Dz. Urz. UE 2008/S 141 – 189299 z 23.07.2008 r.), w wyniku powiadomienia pismem z 16 października 2008 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty na część V zamówienia, w dniu 23 października 2008 r. został wniesiony protest.

Protest złożyło Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. w Sieradzu, Lider Konsorcjum w skład którego wchodzi ponadto:

- Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach,
- Przedsiębiorstwo Drogowe LAMBDA Sp. z o.o. z Łodzi,
- Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe DROGPOL Andrzej Bojda, Waldemar Kołodziejki, Zbigniew Rakus Sp. J. z siedzibą w Poraju,

Protestujący zarzucił Zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223,poz. 1655 ze zmianami.) to jest:

1) art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 14 Pzp i art. 104 Kc przez zaniechanie odrzucenia w zakresie części piątej zamówienia, oferty Konsorcjum w składzie:

- Firma Drogowa DROMAK Krakowski, Ośródek, Rosiński Sp. J. ze Zduńskiej Woli, jako Lider oraz partnerzy
- P.U.H WADRI Wawrzyńczak Zuzanna z Sieradza,
- BUD-TRANS Roboty Budowlano Drogowe Jan Karbowski z Sieradza,
- SIDROG Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Błaszki,
- Zakład Produkcji Znaków Drogowych WIMED Zdzisław Dąbczyński z siedzibą w Tuchowie,
- Firma Produkcyjno – Usługowo – Handlowa BADERA Tadeusz Badera z siedzibą w Rudnikach,

mimo że oferta wymienionego Konsorcjum była nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż została złożona przez podmiot nieuprawniony,

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum, w sytuacji gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

3) art. 7 ust. 1 Pzp, w następstwie uchybienia wskazanym w punkcie 1 i 2 przepisom ustawy.

Protestujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, wynikającego z faktu, że w postępowaniu na część piątą zamówienia złożył drugą w kolejności ofertę, według jedynego kryterium ceny. W uzasadnieniu faktycznym zarzutów podniósł, że uczestnicy kwestionowanego Konsorcjum, upoważnili osobno Firmę Drogową DROMAK Krakowski, Ośródek, Rosiński Sp. J. w postępowaniu określonym „Bieżące utrzymanie dróg i obiektów mostowych w latach 2009- 2012 na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi – z podziałem na 5 części” – część V Rejon w Sieradzu, jako swego Lidera. Zdaniem protestującego, z tak udzielonych pełnomocnictw nie wynikał jednak zakres umocowania dla wskazanej Firmy. Ponadto protestujący zarzucił podanie rażąco niskiej ceny w wybranej ofercie, w kosztorysie ofertowym, część I bieżące utrzymanie dróg, w poz. 4 – remont cząstkowy w technologii spryskiwania emulsją asfaltową, i posypywania kruszywem, 14 000 Mg, gdzie widnieje cena jednostkowa netto w wysokości 2,50 zł, co dało wynik w tej pozycji w kwocie 35 000 zł. netto. Z uwagi na istotny koszt emulsji asfaltowej, jej wycena rzutowała na cenę całej oferty.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert,
- 3) odrzucenie oferty Konsorcjum reprezentowanego przez Firmę Drogową DROMAK Krakowski, Ośródek, Rosiński Sp. J.,
- 4) uznanie oferty protestującego za najkorzystniejszą.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 października 2008 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 29 października 2008 r. przystąpiło Konsorcjum reprezentowane przez Lidera Firmę Drogową DROMAK Krakowski, Ośródek, Rosiński Sp. J., które wniosło o oddalenie protestu i utrzymanie w mocy wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Wykonawca ten, uznał protest za całkowicie bezzasadny, bowiem Konsorcjum składając ofertę, załączyło pełnomocnictwa przedsiębiorców wchodzących w jego skład. Każdy z partnerów Konsorcjum udzielił spółce Firma Drogowa „DROMAK” Krakowski, Ośródek, Rosiński Sp. J. Poręby 26b, 98-220 Zduńska Wola pełnomocnictwa do ich reprezentowania, z podaniem jego zakresu. Konsorcjum argumentowało, że nie ma znaczenia dla ważności umocowania, okoliczność udzielenia pełnomocnictwa przez każdego z partnerów z osobna. Konsorcjum nie zgodziło się również z zarzutem podania rażąco niskiej ceny oferty.

Pismem z dnia 30 października 2008 r., doręczonym 31 października 2008 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty dotyczące złożenia przez Lidera Konsorcjum Firmę Drogową DROMAK Krakowski, Ośródek, Rosiński Sp. J. wadliwego pełnomocnictwa i postanowił dokonać

ponownej oceny ofert. Oddalił natomiast zarzut protestu, odnoszący się do podania rażąco niskiej ceny oferty.

Na powyższe rozstrzygnięcie w dniu 5 listopada 2008 r. odwołanie wniosło Konsorcjum Lidera - Firmy Drogowej DROMAK Krakowski, Ośródek, Rosiński Sp. J, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym Odwołujący powołał się na swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego.

W uzasadnieniu faktycznym odwołania argumentował, że niesłusznie został uznany protest konkurencyjnego Konsorcjum, w odniesieniu do przedstawionych pełnomocnictw. Zamawiający nie zbadał zgodnego zamiaru uczestników Konsorcjum Odwołującego, co do wystarczającego zakresu udzielonego pełnomocnictwa dla Lidera, a nie dla poszczególnych członków Konsorcjum. Na dowód należytego umocowania pełnomocnika, została złożona umowa Konsorcjum, datowana 21 sierpnia 2008 r. Odwołujący podkreślił, że w myśl nowych unormowań zawartych w przepisach ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), dozwolone jest uzupełnianie dokumentów pełnomocnictw oraz wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na uwzględnieniu protestu w części dotyczącej pełnomocnictwa Odwołującego,
2. nakazanie utrzymania w mocy decyzji Zamawiającego o wyborze oferty Odwołującego,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w dniu 26 listopada 2008 r. zgłosiło swoje przystąpienie Konsorcjum reprezentowane przez Lidera Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o. o., popierając stanowisko Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody:

z dokumentacji akt sprawy, w tym ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego i Konsorcjum reprezentowanego przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o.

Ponadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron i reprezentanta Przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Na część V zamówienia zostały złożone dwie oferty:

– Przystępującego z ceną 66. 040 759 76 zł,

– Odwołującego z ceną 49 980 264,80 zł.

Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż jego oferta jest najkorzystniejsza w jedynym kryterium ceny.

Według oświadczenia stron, oferty nadal pozostają zabezpieczone wadium.

W rozdziale 9 – opis sposobu przygotowania oferty pkt 9.3.1 i pkt 9.3.2 Zamawiający wymagał złożenia:

- pełnomocnictwa do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (ewentualnie umowy o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo). Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania wykonawców w postępowaniu i zawarcia umowy.
- pełnomocnictwo do podpisania oferty, względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą, o ile prawo do ich podpisania nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą. Treść pełnomocnictwa musi jednoznacznie wskazywać czynności, do wykonywania których pełnomocnik jest upoważniony.

W ocenie Izby wyżej opisane wymagania Zamawiającego, odnoszące się do reprezentowania konsorcjum, pozostają zgodne z dyspozycją art. 23 ust. 2 Pzp.

Na kartach od 23 do 27 dokumentów oferty Odwołującego, zostały złożone pełnomocnictwa wystawione przez firmy:

- P.U.H WADRI Wawrzyńczak Zuzanna z Sieradza,
- BUD-TRANS Roboty Budowlano Drogowe Jan Karbowski z Sieradza,
- SIDROG Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Błaszki,
- Zakład Produkcji Znaków Drogowych WIMED Zdzisław Dąbczyński z siedzibą w Tuchowie,
- Firma Produkcyjno – Usługowo – Handlowa BADERA Tadeusz Badera,

o jednobrzmiącej treści „my niżej podpisani upoważniamy Firmę Drogową DROMAK Krakowski, Ośródek, Rosiński Sp. J, Poręby 26b, 98-220 Zduńska Wola, zarejestrowaną w Sądzie Rejestrowym dla Łodzi Śródmieście w XX Wydziale KRS pod numerem 0000013398, do występowania jako Lider Konsorcjum w Konsorcjum DROMAG Sp. J+ PUH WADRI+BUD TRANS Jan Karbowski+ SIDROG Sp. z o.o. + WIMED Zakład Produkcji Znaków Drogowych Zdzisław Dąbczyński + FPHU BADERA, do realizacji kontraktu „Bieżące utrzymanie dróg i obiektów mostowych w latach 2009- 2012 na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi – z podziałem na 5 części” – część V Rejon w Sieradzu, do reprezentowania w postępowaniu oraz do zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu, w tym do:

- złożenia wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

- składania zapytań i wyjaśnień dotyczących postępowania,
- podpisania oferty oraz jej złożenia w imieniu wszystkich partnerów Konsorcjum Zamawiającemu w oparciu o wzajemną uzgodnioną decyzję stron,
- reprezentowania partnerów Konsorcjum w postępowaniu przetargowym i w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym,
- podpisania umowy w imieniu Konsorcjum z Zamawiającym,
- otrzymania instrukcji i zleceń na rzecz oraz w imieniu wszystkich partnerów Konsorcjum.

Opisane wyżej pełnomocnictwa zostały wystawione 21.08.2008 r. i podpisane przez osoby umocowane do działania w imieniu poszczególnych przedsiębiorców tworzących Konsorcjum oraz reprezentującego Lidera – Firmy Drogowej DROMAK Krakowski, Ośródek, Rosiński Sp. J. Zakres umocowania dla Lidera zawiera również § 2 przedstawionej umowy konsorcjum z dnia 21.08.2008 r. Izba uznała przedłożone pełnomocnictwa za w pełni prawidłowe. Zupełnie chybiony jest zarzut Zamawiającego, że dokument ten nie stanowi, iż każdy z wykonawców tworzących Konsorcjum występuje w imieniu własnym i na rzecz podmiotu, który reprezentuje. Brak podstaw do przyjęcia, że uczestnicy Konsorcjum reprezentują siebie nawzajem, a nie przedstawili, według poglądów zaprezentowanych w proteście, stosownych umocowań. Z cytowanej wyżej treści udzielonych pełnomocnictw, interpretowanej zgodnie z ich dosłownym brzmieniem i zasadami logiki, wynika jednoznacznie udzielenie pełnomocnictwa do reprezentacji podmiotów tworzących Konsorcjum w tym postępowaniu przez ustanowionego Lidera. Skład Konsorcjum jest przywoływany dla oznaczenia wszystkich firm go tworzących. W żaden sposób z treści złożonych pełnomocnictw nie można wywieść, że którykolwiek z partnerów, wystawiających osobne pełnomocnictwa, uzurpuje sobie prawo do reprezentowania innych uczestników Konsorcjum i wypowiedania się w ich imieniu z wiążącym skutkiem, nie będąc do tego umocowanym odrębnym aktem. Izba stwierdza, że nie jest żadną wadą, iż wymienione pełnomocnictwa zostały sporządzone oddzielnie, i nie są objęte jednym dokumentem. Pełnomocnictwa odpowiadają wymogom postanowień art. 98 Kc, które znajdują zastosowanie z mocy art. 14 Pzp do czynności stron, podejmowanych w procedurze zamówień publicznych. Wobec poczynionych ustaleń Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający uznając protest konkurencyjnego Konsorcjum i podejmując decyzję o dokonaniu ponownej oceny ofert, czym w sposób dorozumiany dał wyraz, że unieważnił wybór oferty Odwołującego i uznał ją za złożoną przez podmiot nieuprawniony, naruszył art. 23 ust. 2 Pzp oraz naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt. 2 Pzp nakazując unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty Odwołującego na część V zamówienia i unieważnienia rozstrzygnięcia protestu w zakresie dokonania ponownej oceny ofert na część V. Tym samym Izba uznaje, że wybór oferty Odwołującego w zakresie V części zamówienia, pozostanie w mocy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*