

**WYROK**

**z dnia 27 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Strabag Sp. z o. o. 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eurovia Polska S.A. (lider konsorcjum), Warbud S.A., Eurovia CS, a.s.;** z siedzibą dla lidera konsorcjum w **Bielanach Wrocławskich przy ul. Szwedzkiej 5, 55-040 Kobierzyce,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiące kwotę wpisu uiszczzonego przez **Strabag Sp. z o. o. 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10,****
- 2) dokonać wpłaty kwoty 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59,** na rzecz **Strabag Sp. z o. o. 05-800 Pruszków,****

**ul. Parzewska 10**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia którego przedmiotem jest „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku Salomea-Wolica wraz z powiązaniem z drogą krajową nr 7. Etap I: Budowa drogi ekspresowej S8 węzeł Paszków (z węzłem) – węzeł Opacz (bez węzła) – węzeł Łopuszańska (bez węzła). Część 2: odcinek zlokalizowany w granicy m. s.t. Warszawa”.

W dniu 6 sierpnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eurovia Polska S.A. (lider konsorcjum), Warbud S.A., Eurovia CS, a.s.; z siedzibą dla lidera konsorcjum w Bielanach Wrocławskich (dalej: konsorcjum Eurovia).

Od takiej czynności pismem z dnia 16 sierpnia 2010 r. odwołanie wniósł wykonawca Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8, art. 91 ustawy p.z.p. art. 14 ustawy p.z.p. w związku z art. 104 k.c. poprzez dokonanie w sposób niezgodny z prawem oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Eurovia. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny złożonych ofert, odrzucenie oferty konsorcjum Eurovia i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż oferta konsorcjum Eurovia została podpisana przez Piotra H i Roberta Ś, którzy działali na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Eurovia Polska S.A. jako lidera konsorcjum Eurovia. Jak wskazał odwołujący Eurovia Polska S.A. jako lider konsorcjum działała na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 maja 2010 r. udzielonego przez partnera konsorcjum – Warbud S.A. oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 maja 2010 r. udzielonego przez partnera konsorcjum Eurovia CS a.s. Pełnomocnictwo od Eurovia CS a.s. zostało uzupełnione w następstwie wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. W ocenie odwołującego w dacie, w której lider konsorcjum Eurovia udzielił pełnomocnictwa osobom podpisującym ofertę do działania w imieniu konsorcjum nie był upoważniony do działania w imieniu Eurovia CS a.s. – członka konsorcjum. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 106 k.c. pełnomocnik może ustanowić dla

mocodawcy innych pełnomocników, tylko wtedy gdy umocowanie takie wynika z pełnomocnictwa, z ustawy lub treści stosunku prawnego będącego podstawą udzielenia pełnomocnictwa. W sytuacji gdy osoba ustanawiająca dalszych pełnomocników w ogóle nie ma umocowania bądź przekracza jego zakres, do udzielenia pełnomocnictwa substytucyjnego ma zastosowanie 104 k.c., czyli pełnomocnictwo substytucyjne jest nieważne, chyba że zachodzą okoliczności przewidziane w zdaniu drugim tego artykułu. Oznacza to zdaniem odwołującego, iż pełnomocnictwo substytucyjne udzielone przez lidera konsorcjum, Eurowię Polska S.A. dla Piotra H i Roberta Ś było nieważne w zakresie, w jakim upoważniało te osoby do działania w imieniu Eurovia CS a.s. a w konsekwencji do działania w imieniu całego konsorcjum Eurovia. W ocenie odwołującego wobec braku pełnomocnictwa, z którego wynikałoby upoważnienie lidera konsorcjum do działania w imieniu Eurovia CS a.s. a także upoważnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw, oferta złożona przez konsorcjum Eurovia jest nieważna na podstawie art. 104 k.c. jako złożona bez umocowania i w konsekwencji powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy p.z.p.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku Salomea-Wolica wraz z powiązaniem z drogą krajową nr 7. Etap I: Budowa drogi ekspresowej S8 węzeł Paszków (z węzłem) – węzeł Opacz (bez węzła) – węzeł Łopuszańska (bez węzła). Część 2: odcinek zlokalizowany w granicy m. s.t. Warszawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dziennik Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 kwietnia 2010 r., pod numerem 2010/S 75-111709.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęło 10 ofert w tym oferta złożona przez konsorcjum Eurovia.

Izba ustaliła, iż w skład konsorcjum Eurovia wchodziły następujące podmioty:

- 1) Eurovia Polska S.A.
- 2) Eurovia CS a.s.
- 3) Warbud S.A.

Oferta konsorcjum Eurovia została podpisana przez Piotra H i Roberta Ś działających na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 maja 2010 r. udzielonego przez Eurovia Polska S.A.

jako lidera konsorcjum. Do oferty dołączono również pełnomocnictwo z dnia 19 maja 2010 r. udzielone przez partnera konsorcjum Warbud S.A. dla lidera konsorcjum Eurovia Polska S.A.

Pismem z dnia 29 lipca 2010 r. zamawiający działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. wezwał konsorcjum Eurovia do „*złożenia pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – dla Lidera Konsorcjum – Eurovia Polska S.A., udzielonego przez Partnera Konsorcjum – Eurovia CS a.s. Czechy*”. W wykonaniu wezwania odwołujący w wyznaczonym terminie przedłożył pełnomocnictwo partnera konsorcjum Eurovia CS, a.s. Czechy dla Eurovia Polska S.A. jako lidera konsorcjum Eurovia. Pełnomocnictwo to udzielone zostało w dniu 25 maja 2010 r.

Ponadto Izba ustaliła, iż Eurovia Polska S.A. ustanowiona została liderem konsorcjum na mocy umowy konsorcjum z dnia 12 maja 2010 r.

W dniu 6 sierpnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę konsorcjum Eurovia.

Czynność ta leży u podstaw postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty wybranego wykonawcy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.**

#### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie**

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta jako sklasyfikowana na drugim miejscu mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 104 k.c. w związku z art. 14 ustawy p.z.p. Izba podzieliła pogląd odwołującego, iż z przedłożonych przez konsorcjum Eurovia pełnomocnictw nie wynika umocowanie Piotra H i Roberta Ś do złożenia oferty w imieniu całego konsorcjum. Zgodnie z art. 104 k.c. sankcją jednostronnej czynności prawnej dokonanej przez pełnomocnika bez umocowania jest nieważność bezwzględna. Izba uznała, że udzielenie powyższym osobom pełnomocnictwa przez Eurovia Polska S.A. w dniu 19 maja 2010 r. do działania w imieniu całego konsorcjum było działaniem bez umocowania wobec braku pełnomocnictwa dla Eurovia Polska S.A. jako lidera konsorcjum, od Eurovia CS a.s. Czechy. W ocenie Izby pełnomocnictwo, udzielone osobom podpisującym ofertę w imieniu całego konsorcjum przez Eurovia Polska S.A., która nie miała do tego umocowania

od jednego z członków konsorcjum, należy uznać za wadliwe. Ponadto prawidłowość umocowania lidera konsorcjum nie może być konwalidowana przez pełnomocnictwo późniejsze. Udzielenie przez Eurovia CS a.s. Czechy w dniu 25 maja 2010 r. pełnomocnictwa dla Eurovii Polska S.A. do działania, jako lidera konsorcjum nie zmienia sytuacji prawnej i prawidłowości pełnomocnictwa udzielonego przez lidera konsorcjum Eurovia dla osób składających ofertę.

Co prawda jeszcze przed terminem składania ofert lider konsorcjum był umocowany do działania w imieniu wszystkich członków konsorcjum to ponownie podkreślić należy, że nie konwaliduje to umocowanie Piotra H i Roberta Ś do działania w imieniu całego konsorcjum. Izba nie ma wątpliwości, iż w chwili, kiedy Eurovia Polska S.A., jako lider konsorcjum udzielała pełnomocnictwa dalszego dla osób podpisujących ofertę nie był prawidłowo umocowany do działania w imieniu całego konsorcjum. Powyższe jednoznacznie przesądza, że w oparciu o tak udzielone pełnomocnictwa Piotr H i Robert Ś nie mogli złożyć oferty w imieniu całego konsorcjum.

Niezależnie od powyższego Izba nie znalazła podstaw do nakazania odrzucenia oferty konsorcjum Eurovia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy p.z.p. W ocenie Izby zamawiający nie wyczerpał dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. Co prawda zamawiający już raz wzywał konsorcjum Eurovia do uzupełnienia pełnomocnictwa jednakże mając na względzie precyzyjność wezwania tj. *„do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – dla Lidera Konsorcjum – Eurovia Polska S.A., udzielonego przez Partnera Konsorcjum – Eurovia C.S. a.s. Czechy”* wykonawca ten tylko takie pełnomocnictwo mógł uzupełnić. W ocenie Izby nie można wykluczyć, że osoby składające ofertę mogły być umocowane niezależnie od pełnomocnictwa udzielonego im przez Eurovia Polska S.A. także przez Eurovia CS a.s. Czechy oraz Warbud S.A. jak też osoby te mogą dysponować pełnomocnictwem udzielonym im przez Eurovię Polska S.A. jako lidera konsorcjum po dacie 25 maja 2010 r. tj. pod datę umocowania lidera przez wszystkich członków konsorcjum, stąd też wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie osób do podpisania oferty jest zasadne.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji, uznając, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 91 ustawy p.z.p. oraz art. 104 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. a nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy p.z.p.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....