

Gdańsk, dnia 25 września 2009r.

Uniwersytet Gdański
ul. Bażyńskiego 1 A
80-952 Gdańsk

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 90/A120/2009 w trybie przetargu nieograniczonego na: „Rozbudowę Budynku Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Gdańskiego w Sopocie: Centrum Komputerowe wraz z łącznikiem i windą dla osób niepełnosprawnych”.

Zamawiający, Uniwersytet Gdański informuje, iż na podstawie art 180 ust.7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, po rozpatrzeniu protestu MAZ Polsko-Szwedzka Sp. z o.o., ul. Powstańców Wielkopolskich 9/4, 70-110 Szczecin, adres do korespondencji ul. Śląska 30, 80-389 Gdańsk, złożonego w dniu 15 września 2009r. na czynność dokonaną przez Zamawiającego w toku w/w postępowania, polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe i Rusztowaniowe „BUDROS” Sp z o.o. i wykluczeniu Protestującego z postępowania, **odrzuca protest jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony.**

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 14 września 2009r. Protestujący, MAZ Polsko-Szwedzka Sp. z o.o. wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszą ofertę Przedsiębiorstwa Budowlano-Montażowego i Rusztowaniowego „BUDROS” Sp. z o.o., a tym samym na wykluczeniu pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Protestujący w przedmiotowym piśmie zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień odnośnie przedłożonych dokumentów; oparcie się na niedopuszczalnej według Protestującego i nieprzewidzianej postanowieniami SIWZ czynności wizji lokalnej; dokonanie arbitralnej wykładni pojęcia „budowa”, zawartej w art 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane; wykluczenie Protestującego z postępowania wbrew przepisom art 22 ust 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 10 Ustawy w zw. z art 7 ust.1 i ust 2 ustawy; wybór oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy, a tym samym naruszenie art 91 ust. 1 ustawy.

Przedmiotowy protest nie zasługuje na uwzględnienie przede wszystkim z uwagi na złożenie go przez podmiot nieuprawniony.

Należy wskazać, iż jednym z uczestników postępowania było Konsorcjum MAZ Polsko-Szwedzka Sp. z o.o. i Grupy NORD Sp z o.o., które reprezentowane było przez

Protestującego tj. MAZ Polsko-Szwedzka Sp. z o.o. na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 lipca 2009r. Wedle dokumentu „ustanowienie pełnomocnika w trybie art. 23 ustawy prawo zamówień publicznych” Konsorcjum umocowało pełnomocnika do *reprezentowania w/w wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia()* oraz do *zawarcia umowy w sprawie zamówienia()*

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 14 ustawy, *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* Jak wynika z powyższego, zastosowanie w niniejszej sprawie do udzielonego pełnomocnictwa znajdują przepisy art. 98 i nast. kodeksu cywilnego.

Analiza załączonego do oferty dokumentu pełnomocnictwa prowadzi do wniosku, iż posiada ono charakter pełnomocnictwa ogólnego, tj. uprawniającego wyłącznie do czynności zwykłego zarządu. Jak się powszechnie przyjmuje uprawnienie do złożenia środków ochrony prawnej przekracza zakres zwykłego zarządu, a tym samym wymaga udzielenia przez mocodawcę pełnomocnictwa rodzajowego lub szczególnego. *Pełnomocnictwo ogólne upoważnia bowiem jedynie do dokonywania czynności zwykłego zarządu ()* *Pełnomocnictwo rodzajowe winno zatem określać rodzaj czynności prawnych, których pełnomocnik ma dokonać. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2002r. (sygn. akt III CZP 8/2002, opublik. OSNC 2002/11/133) przyjęto w uzasadnieniu, iż pełnomocnictwo rodzajowe winno określać rodzaj czynności objętej umocowaniem. Ponadto w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 listopada 2000r. (sygn. akt I ACeA 828/00, opublik. OSA2001/5/29) czytamy „pełnomocnictwo rodzajowe winno określać rodzaj czynności prawnych, które pełnomocnik może dokonać. Nie wystarczy podanie przedmiotu objętego umocowaniem” [Przetargi Publiczne nr 10, październik 2008, Kodeks cywilny (cz. 1), str. 58].*

Potwierdzeniem wyżej wskazanego stanowiska są także liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych oraz Zespołu Arbitrów.

W postanowieniu z dnia 30 stycznia 2009r. (Sygn. akt KIO/UZP 81/09) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż *Zakres pełnomocnictwa obejmował jedynie reprezentowanie wzmiankowanej spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podpisanie i złożenie oferty Zamawiającemu oraz podpisanie umowy z Zamawiającym. Analiza treści pełnomocnictwa pozwala na wniosek, iż nie upoważnia ono pełnomocnika do złożenia protestu. Należy zatem stwierdzić, iż został on wniesiony przez podmiot nieuprawniony.*

Jeszcze pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. w orzecznictwie zespołów arbitrów oraz Sądu Okręgowego w Warszawie ukształtował się pogląd, że *do wniesienia protestu lub odwołania wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe. W postanowieniu z dnia 29 czerwca 2004 r., UZP/ZO/0-948/04, zespół arbitrów orzekł, iż "w świetle utrwalonego orzecznictwa zespołów arbitrów oraz Sądu Okręgowego w Warszawie ukształtowanego wprowadzie na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych, lecz w pełni*

aktualnego także na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych, **pełnomocnictwo do złożenia protestu i odwołania jest pełnomocnictwem rodzajowym, które powinno zawierać ściśle sprecyzowany rodzaj czynności, do których pełnomocnik jest upoważniony, tj. do złożenia protestu i odwołania w indywidualnie oznaczonym postępowaniu protestacyjno-odwoławczym**".

Analogiczny pogląd wyrażony został przez Krajową Izbę Odwoławczą między innymi w postanowieniach z dnia 12 czerwca 2008 roku (sygn. Akt KIO/UZP 525/08), 5 maja 2008 roku (Sygn. Akt KIO/UZP 366/08). Nie ulega bowiem wątpliwości, że złożenie odwołania jest czynnością prawną przekraczającą zwykły zarząd, a zatem, stosownie do art. 98 k.c., jeżeli działanie pełnomocnika ma przekraczać granice zwykłego zarządu, potrzebne jest pełnomocnictwo określające rodzaj czynności prawnej i jej przedmiot (pełnomocnictwo rodzajowe).

Na uwagę zasługuje także postanowienie z dnia 10 lipca 2006 (UZP/ZO/0-1951/06), w którym Zespół Arbitrów stanął na stanowisku, że **Udzielone pełnomocnictwo nie upoważnia J.P.P. C. Jerzy P. do złożenia w imieniu konsorcjum zarówno protestu jak i odwołania, nie jest to bowiem wymagane przepisami pełnomocnictwo szczególne**. Nie ma w nim stwierdzenia, że firma J.P.P. C. Jerzy P. upoważniona jest w imieniu konsorcjum do wnoszenia protestów i zastępowania tegoż konsorcjum przed Zespołem Arbitrów. Natomiast w postanowieniu z dnia 10 listopada 2006 r. (UZP/ZO/0-2746/06) Zespół Arbitrów jednoznacznie stwierdził, że **Zgodnie z dotychczas przyjętą praktyką Zespołów Arbitrów oraz sądów do złożenia protestów i odwołań niezbędne jest pełnomocnictwo szczególne, a to stosownie z treścią art. 98 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych**.

Wskazać także należy na postanowienie Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 10 lutego 2006 r. UZP/ZO/0-333/06, zgodnie z którym **Wniesienie odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest czynnością, dla której dokonania wymagane jest, zgodnie z art. 98 k.c., pełnomocnictwo rodzajowe**. Jeżeli pełnomocnictwo uprawnia lidera konsorcjum do podejmowania w imieniu partnerów konsorcjum wszelkich czynności związanych z postępowaniem przetargowym, to nie wymienia w sposób jednoznaczny czynności odwoławczych.

Wreszcie, zgodnie z postanowieniem Sądu Okręgowego w Radomiu, IV Ca 7/06 **Pełnomocnictwo do „reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia czy w postępowaniu przetargowym” nie upoważnia do występowania ze środkiem ochrony prawnej, do których należy protest, odwołanie i skarga do sądu – art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy**. Do występowania ze środkiem ochrony prawnej, do których należy protest, odwołanie i skarga do sądu (uregulowane w dziale VI ustawy) konieczne jest (...) pełnomocnictwo określające rodzaj czynności (w niniejszej sprawie do złożenia protestu) (...). Takiego warunku nie spełniają przedłożone do akt pełnomocnictwa zawierające sformułowania „reprezentowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia czy w

postępowaniu przetargowym” jako ogólne i nie wskazujące na konkretny rodzaj czynności do podejmowania, których umocowany był skarżący

Biorąc pod uwagę powyżej wskazane argumenty poparte licznymi orzeczeniami nie ma wątpliwości, iż niezalączenie do złożonego protestu pełnomocnictwa rodzajowego lub szczególnego stanowi podstawę do odrzucenia tegoż protestu, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, co miało miejsce w niniejszej sprawie.

Abstrahując od powyższego, należy również stwierdzić, iż Protestujący, z uwagi na to, że jest członkiem Konsorcjum, nie mógł we własnym tylko imieniu złożyć protestu na czynność Zamawiającego. Natomiast z treści pisma w tym jego nagłówek wynika, iż zostało ono wniesione w imieniu MAZ Polsko-Szwedzka Sp. z o.o., która, jako że występowała w przedmiotowym postępowaniu jedynie jako członek Konsorcjum, nie miała uprawnienia do złożenia protestu z pominięciem konsorcjanta. Stanowisko takie zajęła także Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 23 kwietnia 2009r. (Sygn. akt KIO/UZP 456/09): *Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przy wykonawcach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia status wykonawcy przysługuje wszystkim tym wykonawcom wspólnie, a nie każdemu z nich, a zatem także środki ochrony prawnej nie mogą być wnoszone przez poszczególnych „konsorcjantów” pojedynczo, lecz wszystkich wspólnie. Wynika to z definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiednio stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy, natomiast wykonawcą jest podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego lub złożył ofertę. () Jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie można również uznać za „inną osobę” uprawnioną do wniesienia środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które to pojęcie jest przypisywane głównie przedsiębiorcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którzy nie stali się wykonawcami ze względu na to, że zostali przez zamawiającego pozbawieni możliwości udziału w postępowaniu – nie zostali jego uczestnikami np. ze względu na zastosowaną zamkniętą procedurę udzielenia tego zamówienia(..)*

Na uwagę zasługują także postanowienia KIO, które są potwierdzeniem wyżej wskazanego stanowiska tj. z dnia 7 maja 2008r. (Sygn. akt: KIO/UZP 380/08), z dnia 8 maja 2008r. (Sygn. akt: KIO/UZP 394/08), z dnia 8 maja 2008r. (Sygn. akt: KIO/UZP 391/08), z dnia 8 maja 2008r. (Sygn. akt : KIO/UZP 392/08), z dnia 30 maja 2008r. (Sygn. akt: KIO/UZP 471/08).

Niezależnie od przedstawionych wyżej podstaw upoważniających do odrzucenia protestu, należy odnieść się również do wskazanych przez Protestującego zarzutów.

Przede wszystkim należy stwierdzić, iż Zamawiający wbrew twierdzeniom Protestującego wywiązał się z obowiązku określonego w art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyniku wezwania Zamawiającego Protestujący przedstawił m.in. „Dodatkowe wyjaśnienia dotyczące referencji z dnia 2008.12.05” pochodzące od poprzedniego inwestora, które jednakże nie potwierdziły wymaganego przez Zamawiającego warunku odpowiedniego doświadczenia Protestującego. Zgodnie z warunkami przedstawionymi w SIWZ oraz w odpowiedzi na zapytania uczestników postępowania z dnia 23 lipca 2009r., Zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż podstawą do udziału wykonawców w postępowaniu jest wykonanie robót budowlanych polegających na budowie, odbudowie, rozbudowie lub nadbudowie obiektu budowlanego, a co za tym idzie, za niewystarczający Zamawiający uznał fakt przeprowadzenia remontu obiektu czy jego przebudowy. Przedstawione dokumenty oraz wyjaśnienia Protestującego zawarte w piśmie z dnia 24 sierpnia 2009r. „dot. postępowania na rozbudowę budynku Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Gdańskiego w Sopocie” w żaden sposób nie potwierdziły, iż czynności, których wykonania podjął się Protestujący w ramach poprzedniego zamówienia publicznego, miały charakter budowy, rozbudowy, nadbudowy czy odbudowy obiektu budowlanego. W szczególności nie mogły zasługiwać na uwzględnienie twierdzenia zawarte w piśmie Protestującego z dnia 24.08.2009r. *jakoby remont generalny wykonany dla Urzędu Marszałkowskiego jak zostało wykazane polegał na odbudowie, rozbudowie i nadbudowie obiektu budowlanego jakim jest budynek użyteczności publicznej przy ul. Augustyńskiego 2 w Gdańsku*. Remont, wedle prawa budowlanego (na którego definicję powołuje się również Protestujący w treści protestu), z założenia nie może bowiem polegać na odbudowie, rozbudowie lub nadbudowie obiektu budowlanego.

Przeprowadzona przez Zamawiającego wizja lokalna budynku (*notabene* z upoważnienia Protestującego wyrażonego w piśmie z dnia 24 sierpnia 2009r., w którym wskazał on iż *w przypadku wystąpienia dodatkowych wątpliwości prosimy o wyjaśnienie zakresu robót u Zamawiającego*) wykazała, iż wykonane przez Protestującego roboty stanowiły remont bądź co najwyżej przebudowę. Zgodnie z uzyskanymi informacjami, w ramach inwestycji nie powstała nowa kondygnacja, ani nowa powierzchnia kubaturowa. Ponadto sam Protestujący nie miał pewności co do zakresu przeprowadzonych prac, skoro w proteście stwierdził, iż *roboty te miały niejednorodny charakter*.

Odnosząc się do zarzutu w przedmiocie niedopuszczalności przeprowadzenia przez Zamawiającego wizji lokalnej, należy stwierdzić, iż także i w tym przypadku zarzut nie jest zasadny.

Wskazać także należy, iż występowanie o kolejne wyjaśnienia do Wykonawcy (tym bardziej skoro on sam odsyłał w tym zakresie do inwestora, od którego uzyskał referencje) byłoby niedopuszczalne i powodowałoby naruszenia zasady równego traktowania

Wykonawców, prowadziłyby do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania, jak też godziłyby w zasadę uczciwej konkurencji.

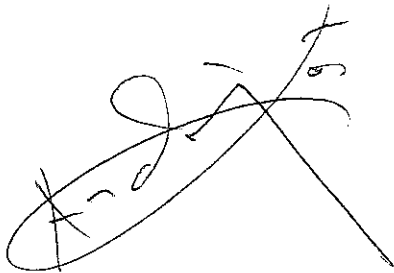
Z przeprowadzonej w dniu 7 września 2009r wizji lokalnej dokonanej przez pracowników Zamawiającego sporządzona została notatka służbowa załączona do dokumentów postępowania. Protestujący miał zatem możliwość do zapoznania się z jej treścią, a co za tym idzie, zarzut naruszenia zasady pisemności także nie zasługuje na uwzględnienie

Reasumując, Zamawiający z uwagi na niespełnienie przez Protestującego warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego zasadnie na podstawie art. 24 ust.1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 2 wykluczył go z postępowania, a co za tym idzie, protest w przypadku dochowania warunków formalnych, i tak nie podlegałby uwzględnieniu, a oddaleniu.

W świetle powyższego należało postanowić jak na wstępie.

POUCZENIE

Protestujący ma prawo do wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia niniejszego protestu.

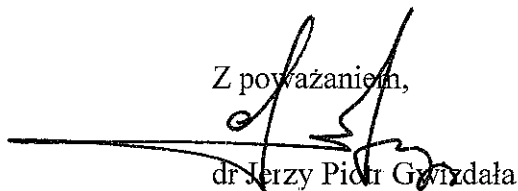


Maciej Siwy

Adwokat



Z poważaniem,



dr Jerzy Piotr Gwizdała