Sygn. akt KIO/UZP 413/08

POSTANOWIENIE
z dnia 15 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Ewa Marcjoniak

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 15 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Schoeller Arca Systems Sp. z o.o., 41-908 Bytom, ul. Elektrownia 16,** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Państwowe Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej „Poczta Polska", 00-940 Warszawa, pl. Małachowskiego 2** protestu z dnia 17 kwietnia 2008 r., (wniesionego dnia 21 kwietnia 2008 r.)
przy udziale **Georg Utz Sp. z o.o. 55-080 Kąty Wrocławskie, ul. Nowowiejska 34** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Schoeller Arca Systems Sp. z o.o., 41-908 Bytom, ul. Elektrownia 16**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł. 00gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **Schoeller Arca Systems Sp. z o.o., 41-908 Bytom, ul. Elektrownia 16,**

2) dokonać wpłaty kwoty zł..... gr..... (słownie: .....) przez stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu,

3) dokonać wpłaty kwoty ..... zł. .... gr. (słownie:.....) przez ..... 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 **Schoeller Arca Systems Sp. z o.o., 41-908 Bytom, ul. Elektrownia 16.**

U z a s a d n i e n i e

Odwołanie zostało wniesione przez **Odwołującego – Schoeller Arca Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu** od rozstrzygnięcia protestu przez **Zamawiającego – Państwowe Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej „Poczta Polska" z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa kaset listowych KL1 i KL2.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2008/ S 7-007651 z dnia 11.01.2008 r.

Wartość zamówienia ustalono w kwocie przekraczającej równowartość progów unijnych dla dostaw i usług (412 000 euro).

W postępowaniu złożono 2 oferty. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą złożyła firma Georg Utz Sp. z o.o. z siedzibą w Kątach Wrocławskich, Przystępujący w postępowaniu odwoławczym. Oferta Odwołującego uzyskała drugą punktację.

Zawiadomienie o powyższym zostało doręczone Odwołującemu faksem w dniu 14 kwietnia 2008 r. i pisemnie w dniu 15 kwietnia 2008 r.

Odwołujący wniósł w dniu 21 kwietnia 2008 r. (w terminie ustawowym) protest na czynność wyboru oferty, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1) zaniechanie odrzucenia wybranej oferty i dokonanie jej wyboru, jako oferty najkorzystniejszej mimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - Pzp,
2) naruszenie art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp, a przede wszystkim zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust.1 Pzp.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podał, że cena oferty Odwołującego wynosi 3 071 828,48 zł., natomiast cena oferty wybranej wynosi 2 261 884,88 zł..
Cena wybranej oferty jest niższa od oferty Odwołującego o około 30% zatem, w ocenie Odwołującego, jest ceną rażąco niską i należy traktować złożenie oferty, jako czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towaru lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, mając w ten sposób na celu eliminację innych przedsiębiorców - art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.).

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający miał obowiązek wdrożyć procedurę określoną w art. 90 Pzp i także wówczas odrzucić wybraną ofertę, gdyż na podstawie dokonanej weryfikacji rynku Odwołujący ustalił, że cena wybranej oferty jest niższa od kosztów wytworzenia przedmiotowych kaset o kwotę 324 158, 53 zł.. Ponadto Odwołujący podał, że wybrany wykonawca uczestnicząc ponad rok temu w postępowaniu na ten sam rodzaj zamówienia, zaoferował cenę oferty w przeliczeniu na 1 kg produktu 34,97zł., natomiast w tym postępowaniu cena wynosi 14,16 zł., co ma również świadczyć o zaniżeniu ceny oferty.

Odwołujący wniósł w proteście o: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty firmy Georg Utz Sp. z o.o., dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił wykonawca-Georg Utz Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie protestu. W uzasadnieniu przystąpienia podał, że Zamawiający wdrożył procedurę określoną w art. 90 ust. 1 Pzp, bowiem ceny obu złożonych w postępowaniu ofert wykazały dużą rozbieżność w stosunku do ustalonej

wartości zamówienia, którą Zamawiający oszacował na zbyt wysokim poziomie. Przystępujący wskazał, że w swoich wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, w sposób klarowny przedstawił realność zaoferowanej ceny, zwracając uwagę na dwa podstawowe elementy wpływające na możliwość kształtowania wysokości ceny na konkurencyjnym poziomie: zastosowanie nowoczesnych rozwiązań stosowanych w branży, pozwalających na zoptymalizowanie kosztów produkcji kaset oraz rozłożenie kosztów poszczególnych narzędzi produkcyjnych na okres amortyzacji tych urządzeń. Zatem, w cenie złożonej oferty uwzględniona została tylko proporcjonalna, do okresu ich amortyzacji, część kosztu urządzeń. Różnica w cenie ofert nie wynosiła, jak podał Odwołujący 30%, lecz 26%.
Przystępujący wywodził, że przyjął do produkcji kaset materiał polipropylen, którego średnia gęstość wynosi 0,91 grama na cm sześcienny, natomiast gęstość przyjęta przez Odwołującego w przedstawionych obliczeniach załączonych do protestu, wynosi 0,95 grama na cm sześcienny. Odwołujący przyjął w swoich obliczeniach 3 formy do produkcji wyrobów, tymczasem przystępujący uwzględnił w ofercie 2 formy, zgodnie ze specyfikacją Zamawiającego. Oferta złożona przez wykonawcę wygeneruje co najmniej 4% marży. Przystępujący realizuje dostawy na rzecz Poczty Polskiej od 8 lat i w tym okresie dostarczył ponad 100 000 kaset listowych starego typu. Nowszy typ kaset nie wymaga takich samych nakładów kosztowych, jak stary o niższej wydajności, zatem w ocenie Przystępującego nie jest zasadne porównywanie cen dostawy z 2007 r. z obecnymi dostawami, co podnosił Odwołujący. Wykonawca podkreślił, że nie będzie realizował dostawy poniżej kosztów wytworzenia. Cena jego oferty jest ceną rynkową i jest nieco wyższa od cen stosowanych przy dostawach dla Poczty Niemieckiej. W ocenie wykonawcy, Odwołujący jest nieporównywalnie większym podmiotem gospodarczym, działa na dużo większą skalę i osiąga dwukrotnie większe dochody. Wobec tego Przystępujący w żaden sposób nie zagraża Odwołującemu wyeliminowaniem go z rynku. Na zakończenie Przystępujący podniósł, że Bartosz Wróbel, który podpisał protest w imieniu Odwołującego nie był osobą uprawnioną do wniesienia protestu.

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie (pismo z dnia 28 kwietnia 2008 r. doręczone Odwołującemu w tym samym dniu). Podał, że przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wybrał najkorzystniejszą ofertę zgodnie z przepisami Pzp., spełniając tym samym przesłanki z art. 7 ustawy. Na podstawie art. 90 ust.1 Pzp Zamawiający zwrócił się do obu wykonawców o udzielenie pisemnych wyjaśnień, dotyczących elementów ofert mających wpływ na ich ceny. Uznał za wystarczające

wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców uczestniczących w postępowaniu i nie znalazł podstaw do odrzucenia żadnej ze złożonych ofert.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący pismem z dnia 30.04.2008 r. wniósł odwołanie w dniu 02.05.2008 r. (z zachowaniem terminu), przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu (5 maja 2008 r.). W odwołaniu wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nie odrzucenie wybranej oferty, a następnie dokonanie wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej mimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę,
2) art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp w zw. z art.15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503, z późn. zm.) poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, wyrażonej w art. 7 ust.1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący potwierdził zarzuty zawarte a w proteście i dodał, że uzasadnienie rozstrzygnięcia jest lakoniczne, gdyż Zamawiający nie odniósł się w nim do zarzutów protestu, poprzestając na ich zaprzeczeniu. Zdaniem Odwołującego wybrany wykonawca złożył inne wyjaśnienia (z dnia 25 marca 2008 r.), w związku z wezwaniem przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust.1 Pzp i nie załączył żadnej kalkulacji, ani żadnych dowodów, a inne w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (zgłoszenie przystąpienia z dnia 25 kwietnia 2008 r.). Odwołujący dodatkowo podniósł w odwołaniu, że wykonawca uwzględniając w cenie oferty tylko część kosztów poszczególnych narzędzi produkcyjnych, które ulegną amortyzacji w okresie realizacji zamówienia, założył nawet stratę ekonomiczną Spółki, w zamian za szansę wdrożenia własnego rozwiązania standardowego u Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Georg Utz Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej,
2) odrzucenia oferty Georg Utz Sp. z o.o.,
3) dokonania ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu,
4) wyboru oferty Schoellera Arca Systems Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto, Odwołujący wniósł o nakazanie:

5) unieważnienia całego postępowania z powodu niejasności interpretacji wymagań Zamawiającego, w razie uznania przez KIO, że istnieje możliwość rozłożenia kosztów narzędzi (form) na większą ilość skrzynek od podanej w zamówieniu,

6) odrzucenia oferty firmy Georg Utz S. z o.o. z powodu niespełnienia warunków przetargu, w przypadku uznania przez KIO, że wymagania Zamawiającego były jasne w przedmiocie wliczenia w cenę oferty całego kosztu formy.

Do postępowania odwoławczego przystąpiła firma **Georg Utz sp. z o.o.**

W czasie posiedzenia niejawnego z udziałem dopuszczonych do postępowania stron oraz Przystępującego do postępowania odwoławczego, pełnomocnik Zamawiającego zgłosił wniosek o odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, że odwołanie wniosła osoba nieuprawniona.

KIO ustaliła, co następuje:

Odwołanie (pismo z dnia 30.04.2008 r. złożone w urzędzie pocztowym Będzin 1 w dniu 02.05.2008 r.) podpisane zostało przez Bartosza W., Kierownika Działu Sprzedaży Material Handling Schoeller Arca Systems (strona 10 i 11 odwołania). Do odwołania dołączono m.in. odpis z KRS oraz pełnomocnictwo.

Z odpisu KRS nr 0000092726 stan na dzień 21.04.2008 r. (załącznik nr 7 do odwołania) wynika, że Spółkę reprezentuje zarząd i każdy członek zarządu działając jednoosobowo ma prawo składania oświadczeń i podpisywania dokumentów w imieniu Spółki. Pełnomocnictwo z dnia 29.04.2008 r. udzielone zostało Bartoszowi W. przez członka zarządu Hansa-Joachima W. Z treści pełnomocnictwa wynika umocowanie udzielone Bartoszowi W. do wniesienia odwołania i do wszelkich czynności związanych z postępowaniem wszczętym wniesieniem odwołania. Pełnomocnik ma prawo udzielać dalszych pełnomocnictw (załącznik nr 5 do odwołania).

Pełnomocnictwo to złożone zostało w formie kserokopii, której zgodność z oryginałem została poświadczona w następujący sposób: „ZA ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM" z zamieszczonym nieczytelnym podpisem. Obecny na posiedzeniu niejawnym Bartosz W. oświadczył, że jest to jego podpis i on dokonał poświadczenia za zgodność z oryginałem kserokopii pełnomocnictwa. Bartosz W. potwierdził, że nie jest radcą prawnym ani adwokatem i nie zostało przekazane Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych żadne inne pełnomocnictwo, na mocy którego mógłby wnieść odwołanie.

KIO zważyła, co następuje:

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) – Pzp nie regulują kwestii pełnomocnictwa, poza jedynym wyjątkiem określonym w art. 23 ust. 2 ustawy. Na mocy art. 14 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 (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Art. 184 ust. 6 Pzp stanowi, że do

postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.) o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

Wniesienie odwołania do Prezesa UZP przez pełnomocnika odwołującego wymaga pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej oraz załączenia tegoż pełnomocnictwa do odwołania (art.184 ust. 2 w zw. z art. 9 ust. 1 Pzp i §1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – Dz. U. Nr 187, poz. 1327).

Odwołujący może poświadczyć za zgodność z oryginałem dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605) - §4 ust. 1. W przypisach rozporządzenia nie wymieniono pełnomocnictwa.

Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania może być udzielone wyłącznie przez osobę umocowaną do składania oświadczeń i podpisywania dokumentów w imieniu odwołującego. Pełnomocnictwo musi być złożone jako pełnomocnictwo oryginalne. W razie posługiwania się kopią (kserokopią) pełnomocnictwa powinna być ona poświadczona za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli, bądź uwierzytelniona przez notariusza. Przepis art. 89 §1 zd. 2 Kpc dopuszcza możliwość uwierzytelnienia przez adwokata, radcę prawnego, a także rzecznika patentowego, odpisu udzielonego im pełnomocnictwa. Jest to pełnomocnictwo procesowe.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także w postępowaniu odwoławczym, strony postępowania posługują się pełnomocnictwem materialnoprawnym udzielonym na podstawie przepisów art. 98 i następnych Kc. Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania jest pełnomocnictwem albo rodzajowym albo do poszczególnej czynności.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący dołączył do odwołania pełnomocnictwo wskazujące na rodzaj czynności, do jakich pełnomocnik został umocowany. Treść pełnomocnictwa nie budzi wątpliwości. Natomiast nieprawidłowa jest forma w jakiej załączono pełnomocnictwo, bowiem kserokopia dokumentu została poświadczona za zgodność przez pełnomocnika, któremu udzielono pełnomocnictwa, a który nie legitymuje się uprawnieniami do poświadczania za zgodność z oryginałem kserokopii pełnomocnictwa.

Wobec powyższych ustaleń, KIO na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp odrzuciła odwołanie, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy 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 2007r. Nr 223, poz.1655)) 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:

……

……