



Dąbrowa Górnicza, dn.22 sierpnia 2007r.

## Rozstrzygnięcie protestów

Na podstawie art. 183 oraz z art. 180 ust.7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych /Dz.U. z 2006r.,Nr 164 poz. 1163 z późn. zmianami/ zwanej dalej Pzp oraz Zarządzeniem Nr 2198/06 Prezydenta Miasta Dąbrowy Górniczej z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie: Regulaminu funkcjonowania zamówień publicznych w Urzędzie Miejskim, Jednostkach Organizacyjnych i Gminnych Osobach Prawnych w Dąbrowie Górniczej po rozpatrzeniu:

1. protestu wniesionego w dniu 16 sierpnia 2007r. przez „**EKOŚRODOWISKO**” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, ul. Cyryla i Metodego 50
2. protestu wniesionego w dniu 16 sierpnia 2007r. przez **p. Halinę Kotuła** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **ZAKŁAD USŁUG KOMUNALNYCH** z siedzibą w Będzinie, ul. Wolności 28a
3. przyłączenia się do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2007 przez **PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE K.A. MICHALISZYN Spółka Jawna** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 Pzp na zadanie pod nazwą: „**Konserwacja i utrzymanie zieleni miejskiej wraz z pracami aranżacyjnymi i interwencyjnymi w Gminie Dąbrowa Górnicza**” oznaczonego nr ZP/134/WKM/07

postanawiam

1. o odrzuceniu protestu wniesionego przez „**EKOŚRODOWISKO**” Sp. z o.o.
2. o oddaleniu protestu wniesionego przez **ZAKŁAD USŁUG KOMUNALNYCH H. KOTUŁA**.

### Uzasadnienie

Protestujący „**EKOŚRODOWISKO**” Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 29 ust.1 Pzp oraz art. 91 ust.2 Pzp poprzez nieprawidłowe, zdaniem Wnoszącego protest, udzielenie odpowiedzi na zapytanie nr 32 oraz 37 z dnia 9 sierpnia 2007r. dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego Wnoszący protest zażądał :

- powtórzenia czynności odpowiedzi na zadane pytania w zakresie oprotestowanym
- udzielenie wyczerpującej odpowiedzi na pytanie 32 z dnia 9 sierpnia 2007r. przy uwzględnieniu treści protestu
- udzielenie wyczerpującej odpowiedzi na pytanie 37 z dnia 9 sierpnia 2007r. przy uwzględnieniu treści protestu

/szczegółowe zarzuty Protestującego wraz z ich uzasadnieniem przedstawione zostały wszystkim uczestnikom postępowania poprzez przekazanie kopii protestu wraz z informacją o wniesionym proteście/.

Zamawiający po przeanalizowaniu treści protestu postanawia jak w sentencji rozstrzygnięcia argumentując jak niżej.

Zgodnie z art. 180 ust.7 Pzp Zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie, wniesiony przez podmiot nieuprawniony lub protest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust.6 Pzp.

Podkreślić należy, w świetle opinii panujących w literaturze przedmiotu /v. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. T. Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004r.,s.388/, że



41-300 Dąbrowa Górnicza  
ul. Graniczna 21

Centrala: tel. (+48 32) 295 67 00  
Sekretariat: tel. (+48 32) 295 67 14  
Fax (+48 32) 295 96 77

e-mail: prezydent@dabrowa-gornicza.pl  
www.dabrowa-gornicza.pl



odrzuć protestu z przyczyn, o których mowa w art. 180 ust. 7 Pzp jest obowiązkiem zamawiającego również wtedy, gdy protest jest merytorycznie uzasadniony.

W przypadku Firmy „EKOŚRODOWISKO” Sp. z o.o. protest został wniesiony przez Pełnomocnika p. Marka Orlika, przy czym w treści protestu, w celu udokumentowania umocowania do reprezentowania Wykonawcy, powołano się na pełnomocnictwo z dnia 9 sierpnia 2007r. przedłożone już uprzednio wraz z wniesionymi zapytaniem. Przedmiotowe pełnomocnictwo o charakterze rodzajowym, obejmujące swym zakresem upoważnienie do wnoszenia w imieniu Wykonawcy środków ochrony prawnej, udzielone zostało przez dwóch członków zarządu (Prezesa zarządu p. Jorge Miguel do Amaral Taveras da Costa i Członka zarządu p. Jana Laszuka), przy czym nie przedłożono żadnego dokumentu dodatkowego (w tym przypadku odpisu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego) dla wykazania, że samo udzielenie pełnomocnictwa nastąpiło w sposób prawidłowy, tzn. że stosowne oświadczenia woli złożone zostały w imieniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przez osoby wskazane w rejestrze.

Z uwagi na fakt, że protest został wniesiony przed terminem składania ofert, a zatem na tym etapie postępowania, kiedy Zamawiający nie dysponował żadnym dokumentem rejestrowym Protestującego uznać należy, że sposób wykazania przez Pełnomocnika swojego umocowania do działania w imieniu mocodawcy jest niewystarczający.

Jest poza sporem, że obowiązek wykazania umocowania do działania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa na pełnomocniku. Nie ma przeszkód do odwołania się w tym zakresie do ogólnej reguły dowodowej zawartej w art. 6 kodeksu cywilnego, w myśl której ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, o ile sama ustawa nie stanowi inaczej). Oznacza to, że podmiot, któremu przedkłada się pełnomocnictwo, nie jest obowiązany we własnym zakresie weryfikować prawidłowości jego udzielenia, w szczególności zaś sprawdzać, czy oświadczenia o udzieleniu pełnomocnictwa pochodzą od osób uprawnionych do ich składania w imieniu np. spółki kapitałowej. Wykazanie tej okoliczności jest obowiązkiem pełnomocnika, jeżeli oczywiście jest on zainteresowany dokonywaniem w imieniu mocodawcy prawnie skutecznych czynności. Należy przy tym podkreślić, że o ile w zwykłym obrocie gospodarczym uczestniczące w nim podmioty (kontrahenci) wchodzące ze sobą w różnego rodzaju interakcje ekonomiczne mogą wskazać wyżej regułę dowolnie modyfikować, o tyle modyfikacje takie są niedopuszczalne na gruncie sformalizowanych procedur prawnych, do których przecież zaliczają się procedury związane z udzielaniem zamówień publicznych. W ich toku swoboda stron doznaje licznych ograniczeń, między innymi w zakresie formy, treści czy sposobu dokonywania czynności prawnych, a jeżeli ograniczenia te ustanawiają przepisy kogencyjne (imperatywne, bezwzględnie wiążące), w żadnej mierze nie mogą one być wyłączone czy ograniczane postanowieniami uczestniczących w danym postępowaniu podmiotów.

Nie ulega wątpliwości, że pełna ocena prawidłowości pełnomocnictwa udzielonego przez EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o. Pełnomocnikowi nie jest możliwa bez analizy stosownych zapisów w Rejestrze Przedsiębiorców KRS dotyczących reprezentacji spółki. Tym samym stanąć należy na stanowisku, że Pełnomocnik Wykonawcy załączając do protestu jedynie dokument pełnomocnictwa, nie wykazał w sposób prawem przewidziany swojego umocowania do działania (wniesienia protestu). W rezultacie nie ma podstaw do uznania, że dokonana przez niego czynność (wniesienie protestu) wywołała zamierzony skutek prawny.

Podkreślić również należy, że przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidują w takim przypadku obowiązku Zamawiającego uruchamiania swego rodzaju procedury naprawczej, polegającej na wezwaniu dokonującego czynności do uzupełnienia w określonym terminie stwierdzonych braków formalnych, co oznacza, że bezpośrednio po stwierdzeniu przez Zamawiającego takich braków (tu – polegających na nie przedłożeniu dokumentu rejestrowego) Zamawiający obowiązany jest zastosować normę zawartą w art. 180 ust. 7 ustawy, nakazującą odrzucić protest z uwagi na wniesienie go przez osobę nieuprawnioną. Ustawodawca traktuje więc w jednakowy sposób przypadki, w których umocowanie (uprawnienie) do działania w cudzym imieniu obiektywnie nie istnieje oraz przypadki, w których uprawnienie to nie zostało w wymagany sposób wykazane.

Podnieść trzeba również brak normatywnych podstaw do obciążania zamawiającego powinnością sprawdzania we własnym zakresie istotnych w kwestii prawidłowości udzielenia pełnomocnictwa zapisów w Rejestrze Przedsiębiorców KRS. Oznaczałoby to – niedopuszczalne na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych – modyfikowanie reguły dowodowej z art. 6 kc.



Zaprezentowany pogląd jest zbliżony ze stanowiskiem zajętym w analizowanej kwestii przez Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych. W wyroku z dnia 7 marca 2007 roku (sygn. UZP/ZO/0-21-4/07) Zespół stwierdził, że „Jedną z ogólnych zasad wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego jest zasada jawności pełnomocnictwa wobec osób trzecich, co stanowi gwarancję bezpieczeństwa obrotu prawnego. Pełnomocnik winien zatem legitymować się dokumentem świadczącym o jego umocowaniu do zastępowania reprezentowanego i pozwalającym ocenić zakres pełnomocnictwa. Do protestu bezwzględnie powinno być dołączone pełnomocnictwo lub dokument rejestrowy potwierdzające, że został on wniesiony przez osoby właściwie do tej czynności umocowane. Zgodnie z art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca protest, jeżeli został wniesiony przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający nie jest obowiązany do „dochodzenia”, czy osoba, która podpisuje się pod dokumentami jest osobą należycie umocowaną do dokonania danej czynności. To obowiązkiem wykonawców jest, by złożyć w toku postępowania prawidłowe dokumenty, potwierdzające, że osoba podająca się za jego prokurenta jest osobą umocowaną należycie do działania w jego imieniu”. W uzasadnieniu tego wyroku dodatkowo podniesiono, że nawet wówczas, gdy w treści pełnomocnictwa wskazany został numer KRS, pod którym zarejestrowany został dany przedsiębiorca, nie można uznać, że czyni to zadość wykazaniu prawidłowości jego reprezentacji.

Reasumując – umocowanie pełnomocnika EKOŚRODOWISKO Sp. z o. o. do wniesienia protestu dotyczącego odpowiedzi udzielonych na zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest prawidłowe, co w konsekwencji powoduje skutki, o których mowa w art. 180 ust. 7 Pzp.

Zamawiający odrzucając wniesiony protest z przyczyn formalnych pragnie również odnieść się do jego treści informując, co następuje:

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp poprzez nie dokonanie, w ramach odpowiedzi na pytanie nr 32, określenia stawki podatku VAT do poszczególnych pozycji formularza ofertowego Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach do treści SIWZ z dnia 14.08.2007r. Podkreślenia wymaga, że obowiązujące aktualnie przepisy prawa nie obligują Zamawiającego do określenia stawki podatku VAT, a zgodnie z opiniami panującymi w literaturze przedmiotu /v. J.A. Laskowski, VAT jako element systemu zamówień publicznych, Zamówienia Publiczne Doradca, 2007/5, s.59/ „właściwe naliczenie stawki podatku od towarów i usług winno stanowić czynności wykonana przez wykonawcę, który najbardziej jest zainteresowany stosowaniem właściwych rozwiązań”.

Za całkowicie bezzasadny uznać również należy zarzut Protestującego, że kryterium oceny ofert określone w pkt. 25.3 SIWZ tj. kryterium pn. „aranżacja terenu Parku Hallera - część A” „stoi w opozycji z treścią art.91 ust.2 Pzp”.

Zgodnie z unormowaniem art. 91 ust.1 Pzp wybór najkorzystniejszej oferty następuje na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według ustawodawcy kryteriami oceny ofert są cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia oraz termin wykonania zamówienia (art. 91 ust. 2 Pzp). Zaznaczyć należy, że wymienione w przytoczonym przepisie kryteria wyboru ofert – pomijając obowiązkowe kryterium ceny – to jedynie kryteria przykładowe i ich katalog ma charakter bezsprzecznie taksatywny, co oznacza, że Zamawiający może ustalić również inne kryteria pod warunkiem, że będą one odnosić się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia wprowadził do SIWZ kryterium o charakterze niemierzalnym i wymagającym indywidualnej oceny ze strony członków komisji przetargowej, przy czym wyraźnie wskazał te elementy (rozwiązania w poszczególnych porach roku, właściwy dobór roślinności, wykorzystanie zarówno zieleni wysokiej jak i niskiej, walory estetyczne aranżacji) które będą brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny.

Udzielając odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy Zamawiający wprost odniósł się do opisu kryterium zawartego w SIWZ nie dokonując żadnej jego modyfikacji czy doprecyzowania – uznając, że specyfika przyjętego kryterium wyklucza jakiekolwiek formy jego uszczegółowienia, dlatego też zarzut wyjaśniania „ignotum per ignotum” uznać należy za nieuzasadniony.

Zamawiający zwraca uwagę również na fakt, że treść uzasadnienia protestu w zakresie zarzutu dot. przedmiotowego kryterium jednoznacznie wskazuje, że Protestujący kwestionuje zasadność zastosowania





kryterium w ramach którego oceniane będą walory estetyczne aranżacji, wobec czego uznać należy, że Protestujący mógł zaskarżyć rzeczony zapis SIWZ w terminie określonym w art. 180 ust.3 Pzp

W dniu 16.08.2007r. do postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia został wniesiony kolejny protest przez p. Halinę Kotuła prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ZAKŁAD USŁUG KOMUNALNYCH, w którym Protestująca wniosła o przesunięcie terminu składania ofert, w związku z udzieleniem odpowiedzi na zapytania Wykonawcy, o 65 dni. /pełna treść protestu została przekazana uczestnikom postępowania poprzez przekazanie kopii protestu wraz z informacją o wniesionym proteście/.

Odnosząc się do żądania protestu Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 180 ust.8 Pzp protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. W orzecznictwie poświęconym zawiadomieniom typu reklamacyjnego, do jakich zaliczany jest protest, ugruntował się pogląd, że niezbędnym ich elementem jest wskazanie nieprawidłowości, wady czy uchybienia i to pod rygorem bezskuteczności wniesionego środka ochrony prawnej /v. R.Szostak, Prawo zamówień publicznych po nowelizacji, Wydawnictwo Publicus, Warszawa 2006, s.226/. Pomimo faktu, że z treści protestu nie wynika wprost, jaka czynność lub zaniechanie zostało zaskarżone, Zamawiający domniemując, że przedmiotem protestu jest nie przedłużenie terminu składania ofert na skutek wniesionych zapytań postanawia o jego oddaleniu.

Zgodnie bowiem z treścią art. 38 ust. 6 Pzp Zamawiający przedłuża termin składania ofert, jeżeli w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, (...)” Z powołanego przepisu jednoznacznie wynika, że obowiązek przedłużenia terminu składania ofert powstaje wyłącznie w sytuacji, gdy udzielenie odpowiedzi na zapytania wykonawców prowadzi do zmiany pierwotnej treści SIWZ, poprzez jej modyfikację, co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca.

Wobec powyższego postanawiam jak we wstępie.

#### Pouczenie:

Zgodnie z art. 184 Pzp od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopie Zamawiającemu. Złożenie Odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem do Prezesa UZP.

PREZYDENT MIASTA

Zbigniew Podraza

#### Otrzymują:

1. „EKOŚRODOWISKO” Sp. z o.o., 41-909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50
2. H. Kotuła Zakład Usług Komunalnych, 42-500 Będzin, ul. Wolności 28 a
3. W. Strach Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta, Konopiska, ul. Spółdzielcza 1/1
4. P.W. „OFI” K.A. Michaliszyn S.J., 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Robotnicza 47
5. Wydział Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej
6. Biuro Koordynacji Zamówień Publicznych i Opinii Prawnych –a/a.

KIEROWNIK

Biura Koordynacji Zamówień Publicznych i Opinii Prawnych

Z-CZYNNA NACZELNIK  
WYDZIAŁU GOSPODARKI KOMUNALNEJ  
I MIESZKANIOWEJ

PREZYDENTA MIASTA

Pani Gocyla

mgr Jacek Rokicki