

ODPIS

POSTANOWIENIE

Dnia 27 kwietnia 2010 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie II Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Sławomir Krajewski (spr.)
Sędziowie: SO Dorota Gamrat - Kubeczak

SO Mariola Wojtkiewicz
Protokolant: st. sekr. sąd. Dorota Szlachta

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2010 roku w Szczecinie

sprawy **ze skargi Inżynierii Lądowej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie i CZMLDA Spółki Akcyjnej w Olsztynie**
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

/ 'Inia 23 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1941/09

przy udziale zamawiającego **Gminy Miasto Szczecin - Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie**

o zamówienie publiczne

[mfñitwiii:

odrzuć skargę.

Sygn. akt II Ca 387/10

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 23 lutego 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1941/09 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez Konsorcjum Inżynieria Lądowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie i CZMUDA Spółka Akcyjna w Olsztynie, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego, protestu z dnia 02 grudnia 2009 roku oraz orzekła o kosztach postępowania.

Skargę od powyższego wyroku wywiodła Inżynieria Lądowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie, działając w imieniu konsorcjum firm: Inżynieria Lądowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie i CZMUDA Spółka Akcyjna w Olsztynie i zaskarżając wyrok w części, tj. w zakresie zarzutów dotyczących:

- 1) nie spełnienia przez wybranego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia, jakim mieli legitymować się potencjalni wykonawcy zamówienia publicznego,
- 2) zmowy przetargowej jaka miała miejsce pomiędzy wybranym wykonawcą a innym uczestnikiem postępowania, tj. Sewerynem Respondek, prowadzącym firmę wielobranżową „Zebra 2” w Bytomiu,
- 3) sporządzenia oferty w sposób wskazujący na niezgodność pomiędzy ofertą a specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- 4) zaoferowania realizacji zamówienia za wynagrodzeniem nie pokrywającym kosztów świadczenia usługi w odniesieniu do niektórych pozycji kosztorysu ofertowego,

wniosła o uwzględnienie skargi oraz zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez Inżynieria Lądowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie oraz CZMUDA Spółka Akcyjna w Olsztynie oraz obciążenie przeciwników skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym według norm przepisanych, w tym kosztami zastępstwa procesowego oraz w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą z odwołania skarżącego.

Skarżący zarzucił wyrokowi:

- 1) naruszenie prawa materialnego przez jego błędne zastosowanie, tj. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, w zw. z Rozdziałem V pkt 1.5), lit b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Bieżące utrzymanie dróg na terenie miasta Szczecina w zakresie oznakowania pionowego” - poprzez uznanie, że wybrany wykonawca spełnia postawiony warunek doświadczenia w realizacji usług w zakresie oznakowania pionowego dróg oraz poprzez uznanie, że wykonawca nie przedstawił nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Naruszenie prawa materialnego przez jego błędne zastosowanie, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp poprzez uznanie, że w stosunku do wybranego wykonawcy nie zaktualizowały się przesłanki odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność oferty z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji oraz zaoferowanie realizacji zamówienia za rażąco niskim wynagrodzeniem
- 2) naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 188 ust. 7 ustawy Pzp polegające na błędnym ustaleniu faktycznym, że za spełniające warunek doświadczenia należy uznać doświadczenie w realizacji jednostkowych zleceń, których wartość nie przekracza dolnego progu określonego postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 3) naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 188 ust. 7 ustawy Pzp, polegające na błędnym ustaleniu faktycznym, że oferta wybranego wykonawcy została skonstruowana w ten sposób, że jest zgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 4) naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 188 ust. 7 ustawy Pzp, polegające na błędnym ustaleniu faktycznym, że złożenie oferty przez wybranego wykonawcę nie wskazuje na zaoferowanie w części przedmiotu zamówienia rażąco niskiego wynagrodzenia.
- 5) naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na błędnym ustaleniu, że Skarżący podnosił zarzuty nie uwzględnione w proteście.

W odpowiedzi na skargę, jej przeciwnik Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu

Miejskiego w Szczecinie wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W pismach sądowych z dnia 09 kwietnia 2010 roku skarżący zostali zobowiązani do usunięcia braków formalnych skargi poprzez:

- Inżynieria Lądowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie wykazanie stosownymi dokumentami (odpis z KRS), iż osoba, która podpisała skargę jest uprawniona do reprezentacji tego podmiotu, pod rygorem przyjęcia, iż tak nie jest i odrzucenia skargi oraz wykazania, że Andrzej Blicharski może reprezentować skarżącego CZMUDA Spółka Akcyjna w Olsztynie w postępowaniu sądowym, gdyż jest jedną z osób wymienionych w przepisie art. 87 kpc, pod rygorem odrzucenia skargi,
- CZMUDA Spółka Akcyjna w Olsztynie do podpisania skargi przez osobę uprawnioną do jej reprezentacji (z wykazaniem umocowania przez odpis KRS) lub też pełnomocnika spełniającego wymagania określone w art. 87 kpc dla pełnomocnika w postępowaniu sądowym pod rygorem odrzucenia skargi.

W wykonaniu powyższych zobowiązań Inżynieria Lądowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie w piśmie z dnia 19 kwietnia 2010 roku wskazała, iż osoba, która podpisała skargę jest prezesem jej zarządu, który zgodnie z zasadami reprezentacji spółki jest upoważniony do jej jednoosobowej reprezentacji.

Jednocześnie wskazano, że Andrzej Blicharski, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 07 października 2009 roku, jest upoważniony do reprezentacji drugiego przedsiębiorcy wchodzącego w skład konsorcjum ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego, to jest CZMUDA Spółka Akcyjna w Olsztynie i to pełnomocnictwo upoważnia między innymi do wnoszenia skarg na orzeczenia Zespołu Arbitrów.

Do pisma zostały załączone potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Andrzeja Blicharskiego kserokopie: Odpisu z KRS nr 0000285112, pełnomocnictwa z dnia 07 października 2009 roku i Odpisu z KRS nr 0000134481.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga podlegała odrzuceniu.

Skarżący nie usunęli bowiem, w określonym w piśmie sądowym z dnia 09 kwietnia 2010 roku terminie, braków formalnych skargi, które uniemożliwiają nadanie jej dalszego biegu.

Zgodnie z Art. 198a. ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

Stosownie do art. 198c w/w ustawy skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, powiązanie ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wniosek o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części.

Wreszcie art. 198e ust. 1 głosi, że sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie.

W następnej kolejności zważyć trzeba, iż w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi katalog podmiotów, które mogą być pełnomocnikami stron, w tym skarżącego regulowany jest w art. 87 kpc.

Zastosowania nie znajdują tu natomiast wprost unormowania z art. 23 ust. 1 i 2 Pzp, zgodnie z którymi wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (ust. 1) i przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2).

Istota konsorcjum wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśniona została w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 lutego 2004 roku (I ACa 885/03, LEX nr 193710) gdzie stwierdzono, że jest ono stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową, w wyniku której powstaje stosunek prawny konsorcjum, w którym każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się tym samym do wspólnego działania. "Wspólność" celu gospodarczego jest podstawowym atrybutem konsorcjum. Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w Kodeksie cywilnym, jest zatem traktowana jako umowa nienazwana kreowana treścią umowy w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 353¹ kc. W doktrynie (E. Grabowska-Szweicer, artykuł Zam. Pub. Dor. 2009/11/4, Konsorcjum, czyli jak wspólnie zdobyć zamówienie publiczne. Teza 1) przyjmuje się, że konsorcjum na gruncie Pzp nie posiada podmiotowości prawnej, co oznacza, że nie jest odrębnym podmiotem (wykonawcą), ale raczej "sumą pojedynczych wykonawców".

Z powyższego nie sposób wysnuć wniosku, że ustanowienie pełnomocnika w trybie art. 23 ust. 2 Pzp, w tym, jak to miało miejsce w rozpoznawanej sprawie, w postaci drugiego członka konsorcjum - osoby prawnej, co do zasady obejmuje na tejże podstawie prawnej umocowanie takiego pełnomocnika do wniesienia skargi na orzeczenie KIO i reprezentacji przed sądem.

Pełnomocnikiem procesowym może być, bowiem jedynie podmiot, który spełnia kryteria, o jakich mowa w art. 87 kpc.

Może być nim jednakowoż również współuczestnik sporu (§ 1) w tym także innym członek konsorcjum.

W realiach rozpoznawanej sprawy należało, zatem rozważyć czy umocowanie Inżynierii Lądowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie do reprezentowania CZMUDA Spółka Akcyjna w Olsztynie nie wynika z pełnomocnictwa z dnia 07 października 2009 roku, na które powołuje się ten pierwszy podmiot.

Z treści tego dokumentu wynika, że upoważnia ono także do wnoszenia skarg na orzeczenia Zespołu Arbitrów.

W rozpoznawanej sprawie zostało one jednakowoż złożone (karta 128) w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Andrzeja Blicharskiego, powołującego się na sprawowanie przez siebie funkcji prezesa zarządu Inżynierii Lądowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie. W takiej samej formie pełnomocnictwo to zostało dołączone do skargi (karta 158).

Tymczasem zgodnie z art. 89 § 1 zdanie pierwsze i drugie kpc pełnomocnik jest obowiązany przy pierwszej czynności procesowej dołączyć do akt sprawy pełnomocnictwo z podpisem mocodawcy lub wierzytelny odpis pełnomocnictwa. Adwokat, radca prawny, rzecznik patentowy, a także radca Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa oraz odpisy innych dokumentów wykazujących ich umocowanie.

Zastępca procesowy strony musi, więc wykazać sądowi, że strona go do tego umocowała. Art. 89 § 1 wymaga przy tym, aby w tym celu przedłożył dokument z oryginalnym podpisem mocodawcy lub notarialny odpis tego pełnomocnictwa. Tylko pełnomocnicy wykonujący wymienione w przepisie zawody mogą sami uwierzytelnić odpis dokumentu.

Tym samym opisana powyżej kserokopia nie może być uznana za właściwe wykazanie umocowania do działania w imieniu CZMUDA S.A. w Olsztynie. Oczywistym jest, że Andrzej Blicharski nie jest podmiotem upoważnionym do uwierzytelniania dokumentu pełnomocnictwa.

Skoro więc umocowanie takie nie zostało wykazane także w wykonaniu zobowiązania zawartego w piśmie sądowym z dnia 09 kwietnia 2010 roku, gdyż skarżący ponownie przedłożył taką samą kserokopię pełnomocnictwa z dnia 07 października 2009 roku, z tą jedynie zmianą, że dodatkowo załączona została kserokopia Odpisu z KRS nr 0000134481, dotyczącego CZMUDA S.A. w Olsztynie, także potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Andrzeja Blicharskiego, to przyjęć trzeba, że w określonym terminie nie nastąpiło wykazanie umocowania osoby podpisanej na skardze do reprezentacji tego ostatniego podmiotu.

W następnej kolejności zważyć trzeba, iż skarżąca nie wykazała także, że osoba podpisana na skardze jest umocowana do reprezentacji Inżynierii Lądowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie.

Skarga została podpisana przez Andrzeja Blicharskiego, występującego jako prezes zarządu tej spółki. W wykonaniu zobowiązania zawartego w piśmie sądowym z dnia 09 kwietnia 2010 roku, strona skarżąca przedłożyła kserokopię Odpisu z KRS nr 0000285112 dotyczącego Inżynierii Lądowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie, potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez Andrzeja Blicharskiego mimo, iż w w/w piśmie wyraźnie zobowiązano ją do złożenia odpisu z KRS. W wyroku z dnia 30 stycznia 2008 roku (III CSK 235/07, LEX nr 487540) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że wykazania umocowania osoby działającej w imieniu osoby prawnej, jako jej organ, winno nastąpić poprzez złożenie odpowiednich dokumentów, w tym na przykład odpisu z KRS, we właściwej formie, to znaczy w oryginale bądź w odpisach uwierzytelnionych przez powołane do tego osoby.

Osobą taką nie jest rzecz jasna prezes zarządu spółki, której dotyczy odpis z KRS.

Reasumując, wobec niewykazania umocowania osoby podpisanej na skardze do reprezentacji żadnego z podmiotów, określonych jako skarżący, należało, na podstawie art. 198e ust. 1 Pzp, orzec jak w sentencji postanowienia.

....

Na oryginale w p.ściwe podpisy
Agniesbrn^epacz