Sygn. akt IX Ga 175/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 września 2010 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Wojciech Turżański (spr.)

Sędziowie: SO Liliana Stępkowska

SO Sławomir Boratyński

Protokolant Sabina Tutalak

po rozpoznaniu w dniu 25 sierpnia 2010 r. w Lublinie

na rozprawie

sprawy z odwołania: Zakładu Mechaniki Maszyn „MEROL" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli

od odrzucenia przez zamawiającego protestu z dnia 11 marca 2010 r.

z udziałem zamawiającego Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. w Bogdance i wykonawcy konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter" Olga Koza, Zakłady metalowe „KOZAMEX" Zakład Pracy Chronionej - Zdzisław Koza, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „ORMET" Aleksandra Szczepanek na skutek skargi

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 19 kwietnia 2010 r.

sygn. akt KIO/UZP 517/10

I. zmienia zaskarżone postanowienie w pkt. 1 w ten sposób, że oddala odwołanie,

II. zasądza od Zakładu Mechaniki Maszyn „MEROL" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli na rzecz Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. w Bogdance kwotę 1.200 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

mSygn. akt IX Ga 175/10

Uzasadnienie

Rozpoznając odwołanie Zakładu Mechaniki Maszyn „MEROL" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli z dnia 26 marca 2010 r. od odrzucenia przez zamawiającego Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A. w Bogdance protestu z dnia 19 marca 2010 r. Krajowa Izba

Odwoławcza postanowieniem z dnia 19 kwietnia 2010 r. odrzuciła odwołanie i rozstrzygnęła o kosztach postępowania. W uzasadnieniu postanowienia KRO wskazała, że wyrokiem z dnia 11 lutego 2010 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 1904/09 uwzględniła odwołanie konsorcjum: Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Monter" Olga Koza, Zakładów Metalowych „KOZAMEX" Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo - Handlowego „ORMET" Aleksandra Szczepanek i nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby obie sprawy - zakończona postanowieniem z dnia 11 lutego 2010 r. oraz wywołana odwołaniem spółki „MEROL" z dnia 26 marca 2010 r. dotyczyły ważności złożonego przez konsorcjum pełnomocnictwa uprawniającego do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a także jego ważności w świetle złożonych przez uczestnika konsorcjum Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo - Handlowego „ORMET" Aleksandra Szczepanek oświadczeń o uchyleniu się od skutków prawnych zniekształconego oświadczenia woli. W sprawie miało miejsce ostateczne rozstrzygnięcie protestu co do prawidłowości pełnomocnictwa konsorcjum w rozumieniu art. 182 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wyrokiem z dnia 11 lutego 2010 r. Wyrok został wydany w sprawie tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do którego zostało wniesione odwołanie z dnia 26 marca 2010 r. Stronami tego postępowania były te same strony co obecnie, z tym, że obecny odwołujący się występował w pierwszym postępowaniu jako przystępujący. Od orzeczenia Izby nie została wniesiona skarga do sądu okręgowego pomimo tego, że na podstawie art. 194 ust. 1 p.z.p. przystępujący takie prawo miał.

Izba odwołała się do uzasadnienia wyroku z dnia 11 lutego 2010 r., w którym stwierdzono, że kluczowe są ustalenia, iż bez wątpienia takie pełnomocnictwo w niniejszym postępowaniu zostało udzielone Przedsiębiorstwu Wielobranżowemu „Monter" reprezentowanemu przez właściciela Olgę Kozę. Pełnomocnictwo to uprawniało lidera konsorcjum do szeregu czynności, w tym złożenia oferty, wnoszenia środków ochrony prawnej, jak i podpisania umowy. W wymaganym przez zamawiającego terminie odwołujący (konsorcjum) złożył stosowne, zgodne z przepisem art. 23 ust.2 p.z.p. pełnomocnictwo, które jednocześnie nie zawierało w sobie żadnej wady. Należy przyjąć, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - po terminie otwarcia ofert nie są dopuszczalne zmiany polegające na tym, iż z konsorcjum występuje jeden z jego uczestników. Powyższe ma bowiem kolosalne znaczenie w ocenie dokonywanej przez zamawiającego odnoszącej się zarówno do spełniania warunków podmiotowych jak i przedmiotowych. Skuteczne wycofanie oferty, zgodnie z przepisem art. 84 ust. 1 p.z.p. może nastąpić przed upływem terminu składania ofert. Każdy wykonawca, który składa ofertę jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie z innym wykonawcą, tzw. konsorcjum, bez względu na oświadczenia członków konsorcjum, pozostaje związany złożoną ofertą do upływu czasu wynikającego z przepisu art. 85 p.z.p. W ocenie Izby zamawiający, w opisanych okolicznościach, błędnie powołuje się na możliwość skutecznego wypowiedzenia przez uczestnika konsorcjum pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum. Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba - w sposób nie budzący wątpliwości - stwierdziła, że nie zaszły w stosunku do wyroku z dnia 11 lutego 2010 r. zasadnicze zmiany dotyczące uznania pełnomocnictwa, którym posługuje się konsorcjum, jako nieprawidłowego. Zdaniem Izby odwołujący się - na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w sposób nieprawidłowy twierdzi, iż w skutek oświadczeń uczestnika konsorcjum udzielone pełnomocnictwo jest nieważne i konsorcjum jako takie już nie istnieje. Wobec powyższego Izba uznała, że zachodzą przesłanki do zastosowania przepisu art. 187 ust. 4 pkt 6 p.z.p.

W złożonej skardze Zakład Mechaniki Maszyn „MEROL" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli wniósł o jej uwzględnienie i zmianę zaskarżonego postanowienia w całości, orzeczenie co do istoty sprawy poprzez rozpoznanie wniesionego odwołania i jego uwzględnienie poprzez nakazanie odrzucenia oferty konsorcjum oraz o zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Wyrokowi zarzucił:

- naruszenie art. 187 ust. 4 pkt 6 p.z.p. poprzez przyjęcie, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki do zastosowania tego przepisu skutkującego odrzuceniem odwołania, czyli przyjęcie, że wniesione odwołanie dotyczy czynności, których zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, podczas gdy skarżący wskazał na nowe okoliczności faktyczne i prawne zaistniałe po dniu 11 lutego 2010 r. jakim było oświadczenie o uchyleniu się przez uczestnika

konsorcjum od skutków prawnych złożonej zamawiającemu oferty, którego pominięcie spowodowało, że zamawiający dokonał wyboru nieważnej oferty,

- sprzeczność istotnych ustaleń Izby z treścią zebranego w sprawie materiału poprzez przyjęcie, że uchylenie się pismem z dnia 17 lutego 2010 r. uczestnika konsorcjum Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo - Handlowego „ORMET" Aleksandra Szczepanek od skutków złożonego oświadczenia woli zawartego w ofercie złożonej przez konsorcjum, jest równoznaczne i tożsame w skutkach prawnych z wypowiedzeniem pełnomocnictwa przez uczestnika postępowania w sytuacji, gdy oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia woli powoduje nieważność oferty konsorcjum,

- naruszenie przepisów postępowania, a to art. 188 ust. 7 p.z.p. w sposób mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie odwołania, dając moc i wiarę dowodom zakwestionowanym przez uczestnika konsorcjum, a także przez bezpodstawne przyjęcie, że wskazane w pkt 3 petitum skargi uchylenie się uczestnika konsorcjum od skutków złożonego oświadczenia woli zawartego w ofercie złożonej przez konsorcjum jest tym samym, co wypowiedzenie pełnomocnictwa przez uczestnika.

W uzasadnieniu skargi skarżący podniósł te same argumenty, które zawarł w skardze.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w Lublinie ustalił i zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna w części.

Przede wszystkim stwierdzić należy, iż nie jest prawidłowe stanowisko Izby w przedmiocie odrzucenia odwołania Zakładu Mechaniki Maszyn „MEROL" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Stalowej Woli od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego.

Stosownie do art. 187 ust.4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w mającym zastosowanie w niniejszej sprawie brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., nr 171, poz. 1058) stanowi, że Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym jeżeli stwierdzi, że odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W niniejszej sprawie nie zaszły podstawy do odrzucenia odwołania określone w cytowanym przepisie. Przedmiotem rozpoznania Izby w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 1904/09 zakończonej wydaniem wyroku z dnia 11 lutego 2010 r. była czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu konsorcjum do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa. Izba nakazała unieważnienie tej czynności zamawiającemu. Zamawiający wykonał wyrok. Wykonanie wyroku Izby nie polegało na wyborze najkorzystniejszej oferty. Wybór oferty przez zamawiającego stanowił następny krok w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skarżący zaskarżył decyzję dotyczącą wyboru oferty. Zatem stanowisko Izby zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia nie znajduje żadnego uzasadnienia. Przeciwnie, wybór przez zamawiającego oferty konsorcjum stanowi kolejną czynność po unieważnieniu czynności, o której mowa w wyroku. Kolejna czynność podlega zaskarżeniu w drodze protestu (art. 180 i nast. p.z.p) oraz odwołania (art. 184 i nast. p.z.p.). Przyjęcie stanowiska Izby, wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, prowadziłoby w istocie do pozbawienia składającego skargę możliwości zaskarżenia czynności zamawiającego. Taka interpretacja, jako przeciwna ustawie, jest niedopuszczalna.

Błędne jest również stanowisko Izby oraz skarżącego co do skutków oświadczeń woli złożonych przez Aleksandrę Szczepanek prowadzącą jako osoba fizyczna, na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo - Handlowe „ORMET", oświadczeń woli z dnia 29 października 2009 r. o cofnięciu pełnomocnictwa oraz z dnia 15 lutego

2010 r. o uchyleniu się od skutków oświadczenia woli w przedmiocie udzielenia pełnomocnictwa Oldze Kozie do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oświadczenia te nie miały wpływu na byt konsorcjum. Konsorcjum powołane w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego powstaje w wyniku podpisania przez przedsiębiorców umowy regulującej współpracę tych podmiotów (wykonawców). Nadto wykonawcy ustanowić muszą pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 p.z.p.). Cofnięcie pełnomocnictwa nie ma wpływu na byt umowy niezależnie od tego czy pełnomocnictwo zostało udzielone odrębnym aktem czy też jest częścią tej umowy. Tylko skuteczne wypowiedzenie umowy regulującej współpracę może zakończyć byt konsorcjum. Sytuacja taka byłaby porównywalna z ustaniem osoby prawnej wraz z jej wykreśleniem z właściwego rejestru bądź śmiercią osoby fizycznej. Wówczas nie można byłoby oczywiście podpisać umowy z wykonawcą, a oferta przestałaby wiązać.

Wywody Izby co do związania złożoną ofertą są prawidłowe i nie zachodzi potrzeba powtarzania argumentacji Izby.

W tym stanie rzeczy, mając na względzie powołane przepisy, zaskarżone postanowienie należało zmienić w pkt. I i oddalić skargę.

O kosztach postępowania należało orzec stosownie do art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c.