

ODPIS

1. 01.01.2009

Sąd Okręgowy Warszawa Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny Odwoławczy:
Przewodniczący Sędzia SO Teresa Kowalewska (spr.)

Dnia 25 czerwca 2009 r.

Sędziowie SO Bożena Kulczycka

SO Grażyna Kramarska

Protokolant Kinga Zielińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2009 roku w Warszawie

sprawy ze skargi wniesionej przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Konsorcjum Arcus S.A w Warszawie, Lumena S.A w Warszawie i Prima Telecom Sp. z o.o.
w Warszawie

przeciwko zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum
Makronet Sp. z o.o., Zeto Rzeszów Sp. z o.o. i ComArch S.A po stronie zamawiającego
od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Zamówień Publicznych
z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 456/09

1. oddala skargę;
2. zasądza solidarnie od Arcus S.A w Warszawie, Lumena S.A w Warszawie i Prima Telecom Sp. z o.o. w Warszawie wchodzących w skład Konsorcjum na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A w Warszawie i ComArch S.A kwoty po 1.217 (tysiąc dwieście siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w instancji odwoławczej.

IV Ca 491/09

Uzasadnienie

Postanowieniem z dnia 23 kwietnia 2009r Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wniesione przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Arcus S.A. w Warszawie, Lumena S.A. w Warszawie, Prima Telecom sp. z o.o. w Warszawie od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie protestu z dnia 23 marca 2009r oraz postanowiła o kosztach postępowania odwoławczego. Makronet sp. z o.o. w Warszawie oraz Zeto Rzeszów sp. z o.o. w Rzeszowie, Comarch S.A. w Krakowie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie w dniu 12 marca 2009r dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym, nieograniczonym, na dostawę w 2009r sprzętu komputerowego. Dla zadania nr 1 - dostawy zestawów'

komputerowych stacjonarnych wraz z monitorami LCD, urządzeniami UPS, myszkami i klawiaturami oraz notebooków wybrał ofertę złożoną przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Makronet sp. z o.o. i Zeto Rzeszów sp. z o.o. zwanych „Konsorcjum Makronet”, dla zadania nr 2 - dostawę drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych, ComArch S.A. w Krakowie.

Ofertę dla zadania nr 1 złożył między innymi, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Arcus S.A., Lumena S.A. i Prima Telecom sp. z o.o. reprezentowany przez Arcus S.A. na mocy udzielonego pełnomocnictwa w oparciu o przepis art. 23 ust. 2 Pzp.

Ofertę dla zadania nr 2 złożył między innymi wykonawca Arcus S.A. w Warszawie.

Po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszych ofert dla obu zadań do Zamawiającego w dniu 20 marca 2009r wpłynął protest wykonawcy Arcus S.A. na czynność Zamawiającego wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie zadania nr 1 jak i zadania nr 2 w którym protestujący wnosił o:

unieważnienie czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty;
dokonanie ponownej oceny ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu;
wykluczenie z postępowania wykonawcy Konsorcjum Makronet oraz wykonawcy Com Arch na podstawie art. 24 ust. 12 pkt. 2 PZP;

ewentualnie o odrzucenie ofert obu wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 PZP

Protestujący zarzucał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 jak i zadania nr 2 Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 3 i art. 7 ust. 1 PZP.

W uzasadnieniu protestu wskazano, że w zakresie zadania nr 1 stwierdzono podanie nieprawdziwych informacji dotyczących warunków gwarancji na oferowane monitory LCD model S1932SH produkcji EIZO NANA Co. w Japonii gdyż Konsorcjum nie dysponuje możliwościami prowadzenia usług serwisowych na zaproponowanych Zamawiającemu warunkach.

Zdaniem protestującego wykonawca ComArch w zakresie zadania nr 2 złożył nieprawdziwe informacje co do właściwości oferowanych przez siebie urządzeń, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wykonawca ComArch pismem z dnia 25 marca 2009r zgłosił przystąpienie do postępowania protestacyjnego w zakresie zadania nr 2 w wyniku protestu wniesionego przez Arcus S.A. po stronie Zamawiającego, a wykonawca Konsorcjum Makronet w zakresie zadania nr 1, również po stronie Zamawiającego.

Zamawiający po rozpatrzeniu protestu z dnia 23 marca 2009r złożonego przez Arcus S.A. postanowił odrzucić protest w zakresie zadania nr 1 na podstawie art. 180 ust. 7 pzp jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony oraz oddalić protest w pozostałej części jako bezzasadny.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego tak w zakresie rozstrzygnięcia protestu w zakresie zadania nr 1 jak i zadania nr 2 odwołanie wniósł wykonawca Konsorcjum Arcus S.A., Lumena S.A. oraz Prima Telecom sp. z o.o. reprezentowane przez Lidera Konsorcjum Arcus S.A. wnosząc o:

unieważnienie czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty;

dokonanie ponownej oceny ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu;
wykluczenie z postępowania wykonawcy Konsorcjum Makronet oraz wykonawcy Com Arch na podstawie art. 24 ust. 12 pkt. 2 PZP;

ewentualnie o odrzucenie ofert obu wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 PZP;
nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w

postępowaniu.

Odwołujący zarzucał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 jak i zadania nr 2 jak i przy rozstrzygnięciu protestu Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 3 i art. 7 ust. 1 oraz 180 ust. 7 PZP.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, że protest w zakresie zadania nr 1 został złożony przez pełnomocnika wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie Arcus S.A., a zatem przez podmiot uprawniony do reprezentowania wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Nie było podstaw do jego odrzucenia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezzasadnie oddalił protest uznając, że Konsorcjum Arcus nie posiadało interesu prawnego do wystąpienia z protestem.

W przypadku wykluczenia wykonawców Konsorcjum Makronet i ComArch lub odrzucenia ich ofert oferta Konsorcjum Arcus stałaby się ofertą najtańszą w ramach zadania nr 1 oraz ofertą jedyną w ramach zadania nr 2.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania powtórzył uzasadnienie z protestu tak w zakresie naruszenia przepisów ustawy PZP przez Zamawiającego jak i przyczyn dla których wybrane oferty jako najkorzystniejsze powinny być odrzucone względnie wykonawcy ich wykluczeni z postępowania przetargowego.

Odwołujący w stosunku do uzasadnienia protestu dodatkowo podniósł, że zaoferowany przez Konsorcjum Makronet w ramach zadania nr 1 procesor Intel® Core2 Processor E 8400 w komputerze stacjonarnym nie spełnia wymogu stawianego przez Zamawiającego w zakresie ilości pamięci cache L2 oferując procesor 3,0GHz, częstotliwość szyny systemowej 1 333 MHz ale o pamięci L2 wynoszącej 6MB.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie rozstrzygnięcia protestu odnośnie wyboru najkorzystniejszej oferty zadania nr 1 podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt. 2 ustawy PZP bowiem Odwołujący odwołania nie poprzedził protestem.

Protest w zakresie wyboru oferty w zadaniu nr 1 został wniesiony przez Arcus S.A. w sytuacji gdy ofertę do zadania nr 1 złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Lumena S.A., Prima Telecom sp. z o.o. i Arcus S.A. reprezentowani przez pełnomocnika Arcus S.A. i tylko pełnomocnik wykonawców był upoważniony do złożenia protestu odnośnie czynności Zamawiającego - wyboru najkorzystniejszej oferty zadania nr 1, a nie Arcus S.A. wykonawca zadania nr 2 i wykonawca wspólnie ubiegający się z innymi wykonawcami o wybór jego oferty dotyczącej zadania nr 1.

W zakresie rozstrzygnięcia protestu odnośnie wyboru najkorzystniejszej oferty zadania nr 2 odwołanie również podlegało odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt. 3 ustawy PZP bowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Powyższe postanowienie zaskarżył skargą wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie Arcus S.A., Lumena S.A., Prima Telecom sp. z o.o. reprezentowany przez pełnomocnika Arcus S.A.

Skarżonemu postanowieniu zarzucał:

obrazę przepisów prawa materialnego polegającą na błędnej wykładni i niewłaściwym zastosowaniu dyspozycji przepisu art. 187 ust. 4 pkt 2 PZP poprzez ustalenie, iż odwołanie w części dotyczącej zadania nr 1 nie zostało poprzedzone protestem, podczas gdy z dokumentacji przetargowej wynika, iż skarżący w ustawowym terminie złożył protest jak i odwołanie;

błędą wykładnię i niewłaściwe zastosowanie dyspozycji art. 187 ust. 4 pkt 3 PZP poprzez ustalenie, że protest w ramach zadania nr 1 jak również odwołanie w ramach zadania nr 2 zostały złożone przez podmiot nieuprawniony, podczas gdy z dokumentacji bezspornie wynika, że Arcus S.A. posiadał na dzień składania środków ochrony prawnej stosowne upoważnienie od członków konsorcjum;

błędą wykładnię art. 23 ust. 2 PZP w zw. z art. 2 pkt. 11 PZP poprzez wyinterpretowanie, iż środki ochrony prawnej mogą być składane jedynie wspólnie przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co nie jest tożsame z możliwością złożenia tych środków przez pełnomocnika, działającego w imieniu i na rzecz takich wykonawców;

niewłaściwe zastosowanie dyspozycji art. 95 par 2 k.c. poprzez jego uwzględnienie do sytuacji w której Arcus S.A. w ramach zadania nr 2 składał ofertę, jak i środki ochrony prawnej samodzielnie, nie działając jako pełnomocnik żadnego innego podmiotu, w tym również i przede wszystkim Konsorcjum;

niezastosowaniu dyspozycji art. 65 k.c., a to jest zasad wykładni woli, w tym również tych składanych przez skarżącego w toku postępowania przetargowego w ramach inicjowanych środków ochrony prawnej;

2. sprzeczność istotnych ustaleń Izby z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegająca na ustaleniu, że skarżący:

nie złożył protestu dla zadania nr 1 w postępowaniu w imieniu Konsorcjum i wobec tego zasadnym było jego odrzucenie w tej części;

nie złożył odwołania jako Arcus S.A. działający samodzielnie w ramach zadania nr 2 albowiem złożył go w imieniu Konsorcjum, których członkowie mogli nie posiadać wiedzy co do treści składanego odwołania;

złożył protest dla zadania nr 1 jako podmiot nieuprawniony podczas gdy z właściwej analizy materiału dowodowego nie budzi wątpliwości, że Arcus S.A. działał w postępowaniu zarówno jako pełnomocnik Konsorcjum i tak też działał w postępowaniu w ramach zadania nr 1 jak również występował samodzielnie jako Arcus S.A. w ramach zadania nr 2.

Skarżący wnosił o uchylenie zaskarżonego postanowienia jako rażąco naruszające powołane przepisy prawa; uwzględnienie odwołania w całości i orzeczenie zgodnie z jego wnioskami.

W uzasadnieniu skargi skarżący bardzo obszernie uzasadnił swoje zarzuty odnośnie braku podstaw prawnych odrzucenia odwołania skarżonym postanowieniem jak również uzasadnił dlaczego jego protest był uzasadniony tak w stosunku do wyboru przez Zamawiającego w zadaniu 1 oferty Konsorcjum Makronet jak i w zadaniu nr 2 oferty ComArch.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

zgodnie z art. 65 par. 1 k.c. oświadczenie woli należy tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

W sytuacji złożenia przez wykonawcę Arcus S.A. oferty do zadania nr 2 oraz wchodzenia w skład Konsorcjum będącego wykonawcą zadania nr 1 Zamawiający nie miał podstaw do przypisania protestującej Spółce Arcus S.A. działania w imieniu Konsorcjum Arcus bowiem z treści protestu okoliczność ta nie wynikała. Z treści protestu złożonego przez Firmę wchodzącą w skład Konsorcjum musi wynikać, że dana firma działa jako pełnomocnik Konsorcjum firm, które wspólnie złożyły ofertę i wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia gdyż środki ochrony prawnej przysługują konsorcjum firm, a nie poszczególnym jego członkom.

Odrzucenie przez Zamawiającego protestu Spółki Arcus S.A. w zakresie zadania nr 1 z powodu wniesienia go przez podmiot nieuprawniony zdaniem Sądu Okręgowego należy uznać w okolicznościach sprawy za zgodne z art. 180 ust. 7 PZP.

Podmiotem uprawnionym do wniesienia protestu od wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1, oferty Konsorcjum Makronet, był wykonawca zadania nr 1 ubiegający się o wspólne udzielenie zamówienia Arcus S.A., Lumena S.A.,

Prima Telecom sp. z o.o. reprezentowany przez Arcus S.A., a nie Spółka Arcus S.A. jako firma wchodząca w skład Konsorcjum ubiegające się o udzielenie wspólnego zamówienia w zakresie zadania nr 1, bądź jako wykonawca zadania nr 2.

Zasadne odrzucenie przez Zamawiającego protestu Arcus S.A. w zakresie oprostowania czynności Zamawiającego wyboru oferty w zadaniu nr 1 jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony miało ten skutek, że odwołanie wniesione przez Konsorcjum Arcus S.A., Lumena S.A. i Prima Telecom sp. z o.o. podlegało odrzuceniu przez KIO skarżonym postanowieniem na podstawie art. 180 ust.4 pkt. 2. PZP bowiem Konsorcjum Arcus odwołania nie poprzedziło protestem.

Odrzucenie skarżonym postanowieniem odwołania Konsorcjum od oddalenia protestu przez Zamawiającego w zakresie protestującym wybór przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty zadania nr 2 również zdaniem Sądu Okręgowego odpowiada prawu, art. 187 pkt. 4 ust. 3 PZP. Wykonawcą zadania nr 2, a więc uprawnionym do złożenia protestu w tym zakresie jak i odwołania był wykonawca zadania nr 2 Arcus S.A., a nie składający odwołanie, wykonawca zadania nr 1.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy uznał, że skarżone postanowienie KIO jest zgodne z prawem, nie narusza przepisów ustawy PZP ani przepisów kodeksu cywilnego powołanych w skardze.

Opiera się na ustaleniach zgodnych z zebrany materiał, które to ustalenia Sąd Okręgowy podziela w całości i przyjmuje za swoje, że protestu dla zadania nr 1 nie złożyło Konsorcjum Arcus, działające przez pełnomocnika Arcus S.A. gdyż, złożyła go Spółka Arcus S.A. w swoim imieniu będąc wykonawcą zadania nr 2 i członkiem Konsorcjum Arcus ubiegającym się o wykonanie zadania nr 1, nie powołując się w proteście, że działa również i na rzecz wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie Arcus S.A., Lumena S.A i Prima Telecom sp. z o.o., że odwołania od rozstrzygnięcia protestu w zakresie zadania nr 2 nie złożył Arcus S.A. w swoim imieniu lecz wykonawca zadania nr 1 Arcus S.A., Lumena S.A. , Prima Telecom sp. z o.o. działający przez pełnomocnika Arcus S.A, skutkujących oddaleniem skargi jako nie zasadnej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy na mocy art. 198 PZP orzekł jak wyżej, o kosztach postanowił na mocy art. 98 w zw. z art.194 ust. 2 PZP i 391 par. 1 kpc.