

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 września 2008 r.

Sąd Okręgowy w Nowym Sączu Wydział III Cywilny Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia SO Urszula Kapustka (sprawozdawca)

Sędzia SO Ewa Adamczyk
Sędzia SR del. Tomasz Miazga

Protokolant: sekr. sąd. Barbara Boszowska
po rozpoznaniu w dniu 30 września 2008 r. w Nowym Sączu

na rozprawie

sprawy ze skargi „Firmy Haller” S.A. w Katowicach

przy udziale zamawiającego Związku Gmin Jeziora Rożnowskiego Gródek n/Dunajcem i wykonawców Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego S.A. w Warszawie, Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego i Mostowego Energopol S.A. w Katowicach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 11 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 644/08

1. oddala skargę;

2. zasądza od skarżącego „Firmy Haller” S.A. w Katowicach na rzecz wykonawców Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego S.A. w Warszawie, Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego i Mostowego Energopol S.A. w Katowicach kwotę 4114,60 zł oraz na rzecz zamawiającego Związku Gmin Jeziora Rożnowskiego Gródek n/Dunajcem kwotę 3600 zł tytułem kosztów postępowania.

mgr Anna Burnagie!
sekretarz sądowy

Wyrokiem z dnia 11 lipca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 644/08) Krajowa Izba Odwoławcza przy Urzędzie Zamówień Publicznych (dalej: Izba) uwzględniła odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. oraz Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego ENERGOPOL S.A. w Katowicach (dalej: Konsorcjum) i nakazała ponowne badanie i ocenę ofert; kosztami postępowania obciążyła Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego i nakazała zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 złote z kwoty wpisu uiszczanego przez Konsorcjum; nakazała dokonać wpłaty kwoty 7.664 złote przez Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego na rzecz Konsorcjum, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego; nakazała dokonać zwrotu kwoty 15.936 złotych z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum.

Powyższy wyrok zapadł na tle następujących ustaleń faktycznych:

Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego z siedzibą w Gródku nad Dunajcem (dalej: zamawiający) wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rekultywację Zbiorników - Czchów - Rożnów w miejscowości Wytrzybszczka Etap III”. Pismem z dnia 5 czerwca 2008 r. zamawiający poinformował Konsorcjum o wykluczeniu z postępowania, a tym samym odrzuceniu jego oferty. Decyzję tę uzasadniono brakiem wskazania przez Konsorcjum, w dokumencie załącznika nr 3 w pkt „C”, podmiotu, który będzie wykonywał dokumentację wykonawczą i geodezyjną.

Konsorcjum wniosło protest wobec czynności badania i oceny ofert, czynności wykluczenia oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Do postępowania wywołanego protestem przystąpiła spółka Firma Haller S.A. z siedzibą w Katowicach (skarżąca w niniejszej sprawie). Po oddaleniu protestu Konsorcjum wywiodło odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: u.p.z.p.), poprzez bezzasadne wykluczenie z postępowania oraz naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 powyższej ustawy poprzez zaniechanie wezwania od uzupełnienia oświadczeń w przypadku uznania, że nie spełniają one warunków udziału w postępowaniu. Do postępowania wywołanego odwołaniem przystąpiła spółka Firma Haller S.A., po stronie zamawiającego.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba poczyniła następujące ustalenia prawne:

Odwołanie uznano za zasadne. Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 5 u.p.z.p. zamawiający ma możliwość wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których prac wykonawca nie może powierzyć podwykonawcom, z czego zamawiający w niniejszej sprawie skorzystał. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zawarł postanowienie, iż nie dopuszcza powierzenia robót podwykonawcom. Powyższe potwierdził też pismem z dnia 2 maja 2008 r., w którym skreślił § 6 pkt 7 i 8 z projektu umowy czym wskazał, iż niedopuszczalne jest powierzenie robót podwykonawcom. Skoro w ten sposób ustalono warunki zamówienia nieprawidłowa była zmiana stanowiska na etapie badania ofert i wymaganie od oferentów wskazania podmiotów, które będą podwykonawcami (np. sporządzającymi dokumentację). Ani w treści specyfikacji ani w treści ogłoszenia nie określono warunku okazania się uprawnieniami do wykonania dokumentacji wykonawczej lub wskazania podwykonawcy w tym zakresie. Nie można więc uznawać, że wykonawca, który nie zamieścił tego typu informacji uchybił swoim obowiązkom. Odrzucenie oferty odwołującego naruszało przepisy art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Od powyższego wyroku skargę wniosła spółka Firma Haller S.A. z siedzibą w Katowicach, wnosząc o jego zmianę poprzez nieuwzględnienie odwołania wniesionego przez Konsorcjum, uwzględnienie zarzutów i żądań wniesionych przez skarżącą oraz zasądzenie na rzecz skarżącej kosztów postępowania.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

1) sprzeczność istotnych ustaleń Izby z treścią zebranego w sprawie materiału, a w konsekwencji naruszenie przepisów art. 188 ust. 1, 3 i 7, art. 190 ust. 2, art. 192 ust. 2 u.p.z.p. oraz przepisów § 25 ust. 1 i § 28 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wobec ich błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania, a to poprzez nierozpatrzenie i brak oceny zarzutów i żądań podniesionych przez skarżącą jako przystępującą do postępowania odwoławczego, dotyczących braku aktualności odpisu z KRS załączonego przez odwołującego oraz faktu zaakceptowania przez odwołującego projektu umowy nie odpowiadającego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nierozpatrzenie i brak oceny dowodu z przesłuchania skarżącej jako przystępującej do postępowania odwoławczego na powyższą okoliczność;

2) naruszenie obowiązujących przepisów prawa przez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w szczególności art. 25 u.p.z.p. oraz § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane, a to przez przyjęcie, że odpis z rejestru załączony do oferty odwołującego spełnia wymagania wynikające z obowiązujących przepisów prawa;

3) naruszenie przepisów art. 2 pkt 13, art. 14, art. 23 ust. 4, art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 38, art. 89 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. oraz art. 65 § 1 i art. 66 § 1 ustawy kodeks cywilny, a to poprzez przyjęcie, że parafowanie projektu umowy stanowiącego integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia w wersji nieuwzględniającej modyfikacji dokonanych przez zamawiającego nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 194 ust. 1 u.p.z.p. na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Zgodnie z ust. 2 wspomnianego artykułu, w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

Spółka Firma Haller S.A. brała udział w postępowaniu odwoławczym, stąd też, zgodnie z zacytowaną regulacją, przysługuje jej prawo do złożenia skargi. Skarżąca na etapie postępowania przed Izbą nie występowała jako odwołujący, lecz jako uczestnik, działając po stronie zamawiającego. Zgodnie z art. 184 ust. 4 skarżąca zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i stronę, do której przystępuje, to jest zamawiającego. Czynności przystępującego w postępowaniu odwoławczym, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 184 ust 5 u.p.z.p.). Skoro celem skargi, podobnie jak apelacji, jest ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu (zob. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.) to zasada związania skarżącej granicami przystąpienia jest aktualna także w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

W postępowaniu odwoławczym zarówno zamawiający, jak i skarżąca, zgodnie wniosili o oddalenie odwołania. Uzasadniając to stanowisko skarżąca zaprezentowała jednak szereg argumentów, których zamawiający nie podnosił. Zamawiający konsekwentnie wskazywał, że przyczyną wykluczenia oferty Konsorcjum był wyłącznie brak wypełnienia dokumentu załącznika nr 3 w pkt „C”, to jest w zakresie

wskazania podmiotu wykonującego dokumentację. Skarżąca wskazywała nadto inne okoliczności, które jej zdaniem świadczą o wadliwości oferty złożonej przez odwołującego.

W ocenie Sądu Okręgowego Izba słusznie uwzględniła odwołanie złożone przez Konsorcjum wykazując, iż wymaganie od odwołującego wskazania nazwy podwykonawcy stałoby w sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd Izby, że niedopuszczalna jest zmiana stanowiska zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. Modyfikacja specyfikacji dopuszczalna jest jedynie przed upływem terminu składania ofert (art. 38 ust. 4 u.p.z.p.). Dokonywanie modyfikacji po upływie tego terminu naruszałoby zasady uczciwej konkurencji (zob. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.).

Odnosząc się do zarzutów stawianych zaskarżonemu wyrokowi wskazać trzeba, że stanowią one w istocie powtórzenie zarzutów sformułowanych przez skarżącą na etapie postępowania odwoławczego. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzuca się nierozpoznanie i brak oceny zarzutów i żądań, jakie skarżąca wyraziła w toku postępowania przed Izba.

Uzasadnienie zaskarżonego wyroku rzeczywiście nie odnosi się do sformułowanych przez skarżącą zarzutów, koncentrując się na okolicznościach, jakie stanowiły podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Sądu Okręgowego zaskarżony wyrok, mimo skrótowości uzasadnienia, odpowiada prawu.

Nie ma racji skarżąca twierdząc, iż przedłożone przez Konsorcjum odpisy z Krajowego Rejestru Sądowego, nie były odpisami aktualnymi.

Zgodnie z przepisem § 1 pkt 2 rozporządzenia 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. z 2006 r., nr 87, poz. 605), zamawiający może wymagać od wykonawcy aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Wymóg przedstawienia odpisu z rejestru wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków został przez Konsorcjum spełniony. Przedstawione zostały odpisy z Krajowego Rejestru Sądowego dotyczące obu spółek tworzących Konsorcjum, wystawione w wymaganym prawem terminie (odpisy wystawione na dzień 4 stycznia 2008 r. oraz 28 lutego 2008 r.; termin składania ofert upływał 16 maja 2008 r.).

Sformułowany przez wspomniane rozporządzenie wymóg „aktualności” odpisu nie jest zdefiniowany na gruncie prawa zamówień publicznych. Nawiązuje jednak pojęciowo do przepisów regulujących ustrój Krajowego Rejestru Sądowego, które to dzielą odpisy z rejestru na „pełne” i „aktualne” (§ 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 grudnia 2006 r. w sprawie ustroju i organizacji Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowych zasad udzielania informacji z Rejestru i udostępniania kopii dokumentów z katalogu - Dz. U. z 2006 r. nr 247, poz. 1811 ze zm.). Odpis pełny zawiera treść wszystkich wpisów w rejestrze pod danym numerem KRS, dokonanych od chwili pierwszego wpisu, z wyjątkiem wpisów niepodlegających ujawnieniu. Odpis aktualny zawiera natomiast aktualną treść wpisów w rejestrze pod danym numerem (§ 6 powołanego rozporządzenia). Odpisy załączone przez Konsorcjum były odpisami aktualnymi w powyższym rozumieniu.

Załączenie przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. dodatkowych dokumentów (odpisów wniosków o zmianę w rejestrze, protokołów zgromadzeń organów spółki, odpisów podjętych uchwał) świadczy o chęci ujawnienia także informacji o zmianach, jakie zaszły po sporządzeniu załączonego odpisu. Biorąc pod uwagę, że dokonanie wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym następuje nierzadko po upływie pewnego okresu czasu, praktykę tę ocenić trzeba nie tylko jako prawidłową, ale - niekiedy - jedyną możliwą (zob. analogiczne rozważania w uchwale SN z dnia 8 listopada 2007 r., sygn. III CZP 92/07. LEX 316105).

Załączenie odpisu z rejestru do oferty składanej w ramach postępowania o zamówienia publiczne ma znaczenie o tyleż pomocnicze, że na etapie badania ofert możliwa jest zawsze weryfikacja zawartych w nim informacji. Krajowy Rejestr Sądowy jest rejestrem jawnym, dostępnym dla każdego, bez potrzeby wykazywania szczególnych uprawnień, czy też interesu prawnego w uzyskaniu dostępu do objętych nim danych (art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym - Dz. U. z 2007 r., nr 168, poz. 1186 ze zm.).

Niesłuszne są zarzuty skarżącej jakoby pomiędzy dokumentami załączonymi do wniosku Konsorcjum zachodziła dyskwalifikująca je niezgodność czasowa. Powołanie prokurenta w Przedsiębiorstwie Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. miało miejsce w dniu 25 kwietnia 2008 r. (zob. odpis uchwały zarządu spółki z dnia 25 kwietnia 2008 r.). Data, z jaką podpisano wniosek o zarejestrowanie zmiany w rejestrze, czy też data złożenia wzoru podpisu, nie mają znaczenia dla skuteczności ustanowienia prokurenta i jego działań. Wpis osoby prokurenta do rejestru ma znaczenie wyłącznie deklaratoryjne (zob. M. Wyrwiński, Komentarz do niektórych przepisów kodeksu cywilnego, zmienionych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw; LEX/el 2003; a także J. Szwaja, [w:] S. Sołtyński, A. Szajkowski, J. Szwaja, Kodeks handlowy. Komentarz, Warszawa 1997, 1.1).

Nie jest również trafny zarzut skarżącej odnoszący się do treści projektu umowy paraflowanej przez Konsorcjum. Wskazać należy, że skarżąca nie precyzuje na czym polega niezgodność paraflowanego projektu umowy z treścią projektu umowy stanowiącej element specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4 u.p.z.p., w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może w każdym czasie, przed upływem terminu składania ofert, zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszej sprawie doszło do modyfikacji treści specyfikacji, także w zakresie treści projektu umowy, co przyznaje sam skarżący.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia odgrywa dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kluczową rolę, wyznaczając nie tylko przedmiot zamówienia, ale także wszystkie istotne warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z uwagi na treść i charakter prawny specyfikacji w literaturze przedmiotu porównuje się ją z warunkami przetargu w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego (zob. M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). Warunki uwidocznione w specyfikacji są wiążące zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. Skoro ustalone zostało, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu dokonał skutecznie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie ma podstaw do poddawania w wątpliwość faktu związania Konsorcjum treścią zmienionej specyfikacji. W tym kontekście podzielić należy pogląd Izby wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP,-659/08, iż załączenie projektu umowy do oferty nie miało żadnego znaczenia dla oceny zgłoszonej oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 385 k.p.c. w związku z art. 198 ust. 2 u.p.z.p., Sąd Okręgowy skargę oddalił.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 99

k.p.c. w związku z § 6 pkt 7 i § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1348 ze zm.) oraz § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1349 ze zm.). Za uzasadnione wydatki pełnomocnika Konsorcjum Sąd Okręgowy uznał wskazane przez niego w spisie (k.76 i 77) koszty przejazdu na rozprawę oraz koszt noclegu.

Burnagiel