

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy
w składzie:

Przewodnicząca Sędzia SO Krystyna Szereda (ref.)

Sędziowie: SO Krzysztof Wójcik, SR (del.) Jarosław Pawlak

Protokolant staż. Magda Studzianna

po rozpoznaniu w dniu 3 lutego 2012 r. w Łodzi

ze skargi: Konsorcjum firm: 1. Fortum Power and Heat Oy Finlandia,
2. Polimex - Mostostal Spółka Akcyjna w Warszawie

przeciwko Konsorcjum firm: 1. Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością w Tychach, 2. Przedsiębiorstwu Inwestycyjno -
Remontowego Energetyki i Przemysłu „Remak - Rozruch” Spółce Akcyjnej w
Opolu

z udziałem zamawiającego PGE Elektrownia Opole Spółki Akcyjnej w
Bełchatowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 14 listopada 2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2319/11, KIO
2330/ 11, KIO 2335/ 11, KIO 2336/ 11 - w części dotyczącej KIO 2335/ 11

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego Konsorcjum firm: 1. Fortum Power and Heat Oy Finlandia, 2. Polimex - Mostostal Spółka Akcyjna w Warszawie na rzecz przeciwnika skargi Konsorcjum firm: 1. Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, 2. Przedsiębiorstwu Inwestycyjno - Remontowego Energetyki i Przemysłu „Remak - Rozruch” Spółce Akcyjnej w Opolu kwotę 1.200

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 14 listopada 2011 r., wydanym w sprawach o sygn. akt: KIO 2319/11, KIO 2330/11, KIO 2335/11 i KIO 2336/11, w zakresie sprawy o sygn. akt KIO 2335/11 z odwołania wniesionego 27 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum przedsiębiorstw w składzie Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach [dalej: „NMP”] i Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „Remak Rozruch” spółka akcyjna z siedzibą w Opolu [dalej: „RR”], przy udziale zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum przedsiębiorstw Fortum Power and Heat Oy z siedzibą w Espoo (Republika Finlandii) [dalej: „FPH”] i Polimex-Mostostal spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie [dalej: „P-M”], Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Konsorcjum spółek NMP i RR i nakazała zamawiającej - Polskiej Grupie Energetycznej Elektrowni Opole spółce akcyjnej z siedzibą w Bełchatowie unieważnić czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powtórzyć czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum spółek FPH i P-M (ust. 1 sentencji) oraz kosztami postępowania obciążyć ją zamawiającą (ust. 2 sentencji).

Powyższe rozstrzygnięcie KIO oparła na następujących ustaleniach faktycznych, które Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne. Zgodnie z sekcją III.2.1.8 *Ogłoszenia*, wykonawcy wspólnie składający wniosek, zobowiązani byli przedłożyć dokument ustanawiający pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia kontraktu w sprawie zamówienia publicznego; wola udzielenia pełnomocnictwa do działania w imieniu wszystkich wykonawców miała zostać wyraźnie wyrażona w składanym pełnomocnictwie, którego treść powinna wyraźnie określać zakres umocowania, w tym ew. prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Dalej KIO wskazała, że do wniosku konsorcjum spółek FPH i P-M załączyło: wyciąg z Rejestru Handlowego Krajowej Rady Patentów i Rejestracji w zakresie spółki FPH, w którym nie ma informacji o otwarciu likwidacji lub ogłoszeniu upadłości tej spółki; pełnomocnictwo konsorcjalne; pełnomocnictwo z 1 sierpnia 2011 r. udzielone przez spółkę FPH, w którego treści wskazano, że „my, niżej podpisani Fortum Power and Heat Oy, (...), niniejszym upoważniamy pana Stanisława Borawskiego (...) jednoosobowo, do wykonywania następujących czynności w imieniu naszej firmy...”; oświadczenie spółki FPH złożone przed notariuszem, że nie istnieje żaden zakaz sądowy ani inny zakaz w odniesieniu do udziału spółki FPH w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych oraz nie ma innych ograniczeń formalnych dotyczących ubiegania się o nowe zamówienia.

1 września 2011 r. zamawiający wezwał spółkę FPH - w trybie art. 26 ust. 3 i 4 PZP - m.in. do złożenia pełnomocnictwa uprawniającego Stanisława Borawskiego do reprezentowania obu członków konsorcjum spółek FPH i P-M (gdyż z załączonego do wniosku pełnomocnictwa nie wynikało upoważnienie do działania w imieniu spółki P-M) oraz do złożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości w stosunku do spółki FPH lub, jeżeli w Republice Finlandii nie wydaje się takich dokumentów, złożenia oświadczenia w formie wymaganej przepisami stosownego rozporządzenia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, 14 września 2011 r., spółka FPH przedstawiła oświadczenie, że 1 sierpnia 2011 r. Stanisław Borawski posiadał pełnomocnictwo do działania w imieniu obu członków konsorcjum (tj. spółki

FPH i spółki P-M) do wykonywania jednoosobowo wskazanych w oświadczeniu czynności; jednocześnie spółka FPH przedłożyła oświadczenie, złożone przed notariuszem, że wobec niej nie toczy się żadne postępowanie dotyczące bankructwa lub likwidacji lub programu restrukturyzacji przed żadnym sądem w Republice Finlandii zajmującym się takimi sprawami.

Nadto Izba wskazała, że z Rejestru Upadłości i Reorganizacji Przedsiębiorstw z 5 września 2011 r. oraz z zaświadczenia z Rejestru Upadłości i Reorganizacji Przedsiębiorstw z 28 października 2011 r. wynika, iż możliwe jest uzyskanie informacji, czy wobec fińskiego wykonawcy nie ogłoszono upadłości; okoliczność ta wynika także z informacji z Wydziału Promocji Handlu i Inwestycji Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Helsinkach z 8 listopada 2011 r. Nadto w Republice Finlandii prowadzony jest Rejestr Skazanych, z którego spółka może uzyskać zaświadczenie.

17 października 2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym zakwalifikowaniu do dalszego etapu postępowania dwóch wykonawców: konsorcjum spółek NMP i RR oraz konsorcjum spółek FPH i P-M.

77 października 2011 r. konsorcjum spółek NMP i RR wniosło odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającej polegające na zaniechaniu wykluczenia konsorcjum spółek FPH i P-M z postępowania z uwagi na brak wykazania prawidłowego umocowania Stanisława Borawskiego do działania w imieniu całego konsorcjum oraz w konsekwencji podpisania i złożenia wniosku przez osobę, która przekroczyła swoje umocowania i nie była uprawniona do reprezentowania całego konsorcjum, do czego zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP (zarzut naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, art. 23 ust. 2 PZP i art. 14 PZP w zw. z art. 103 i 104 KC); zaniechaniu wykluczenia konsorcjum spółek FPH i P-M z postępowania z uwagi na brak przedstawienia dokumentu wydanego przez organy administracji/sądowe w Republice Finlandii, a potwierdzającego, że wobec spółki FPH nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości i uznanie, że wystarczającym jest zastępcze złożenie oświadczenia przed notariuszem publicznym w Republice Finlandii (zarzut naruszenia § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane {Dz. U. Nr 226, poz. 1817} [dalej: „Rozporządzenie”] w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP); zaniechaniu wykluczenia konsorcjum spółek FPH i P-M z postępowania z uwagi na brak przedstawienia dokumentu, wydanego przez organy administracji/sądowe w Republice Finlandii, potwierdzającego, że wobec spółki FPH nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne/nie figuruje ona w rejestrze skazanych i uznanie, że wystarczającym jest zastępcze złożenie oświadczenia przed notariuszem publicznym w Republice Finlandii, a alternatywnie zaniechania wezwania konsorcjum spółek FPH i P-M do uzupełnienia rzeczzonego dokumentu (zarzut naruszenia § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b i ust. 3 Rozporządzenia w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP). Odwołujący żądał nakazania zamawiającej unieważnienia czynności dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy - konsorcjum spółek FPH i P-M oraz powtórzenia czynności ponownego badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

31 października 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającej swój udział zgłosiło konsorcjum spółek FPH i P-M, wnosząc o oddalenie odwołania. Z kolei 8 listopada 2011 r. zamawiająca wniosła odpowiedź na odwołanie, żądając jego oddalenia w całości.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny KIO zważyła, że zasadny był zarzut naruszenia przez zamawiającą art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 23 ust. 2 PZP oraz art. 14 PZP w zw. z art. 103 i 104 KC poprzez

zaniechanie wykluczenia konsorcjum spółek FPH i P-M z postępowania z uwagi na przekroczenie umocowania przez dalszego pełnomocnika - Stanisława

Borawskiego do reprezentowania konsorcjum w dniu podpisania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał, aby wola udzielenia pełnomocnictwa do działania w imieniu wszystkich wykonawców została wyraźnie wyrażona w składanym pełnomocnictwie (sekcja III.2.1 pkt 8 *Ogłoszenia*)} natomiast z pełnomocnictwa dla Stanisława Borawskiego taka wola nie wynikała, zatem jego działanie jako pełnomocnika całego konsorcjum nie zostało wyrażone - miał on uprawnienie do działania jedynie w imieniu spółki FPH; zaś fakt wprowadzenia przez zamawiającą szczegółowych wymagań dotyczących pełnomocnictwa pochodzącego od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wyłączał - w ocenie Izby - możliwość jego konwalidowania poprzez dokonanie wykładni oświadczeń woli (byłoby to działanie wbrew postanowieniom *Ogłoszenia*). Słusznie zatem zamawiająca wezwała - w trybie art. 26 ust. 3 PZP - spółkę FPH do uzupełnienia pełnomocnictwa Stanisława Borawskiego.

W wyniku tego wezwania spółka FPH przedłożyła własne oświadczenie, że pełnomocnictwo z 1 sierpnia 2011 r. było udzielone dla upoważnienia Stanisława Borawskiego do działania w imieniu obu członków konsorcjum, co zamawiająca uznała za potwierdzenie czynności przez spółkę P-M. Jednakże - w ocenie Izby - z pełnomocnictwa udzielonego Stanisławowi Borawskiemu nie wynikało umocowanie do działania w imieniu spółki P-M; co więcej, nie wynikało z niego, że udzielając tego pełnomocnictwa spółka FPH działała również w imieniu spółki P-M, co było wymagane - zgodnie z sekcją III.2.1.8 *Ogłoszenia* - dla przyjęcia, że Stanisław Borawski był umocowany w imieniu konsorcjum spółek FPH i P-M. Dopuszczalne - zgodnie z art. 104 zd. II KC w zw. z art. 14 PZP - było konwalidowanie czynności poprzez jej potwierdzenie przez mocodawcę (por. art. 103 § 1 KC), do którego jednak nie doszło. Z art. 103 § 1 KC wyraźnie wynika, że potwierdzenia czynności dokonanej bez lub z przekroczeniem umocowania, ma dokonać osoba, w której imieniu umowa została zawarta - w niniejszej sprawie osoba, w imieniu której czynność została dokonana, a więc spółka P-M. Zaś potwierdzenia czynności w sprawie dokonała spółka FPH, a więc czynności zdziałane przez Stanisława Borawskiego nie zostały przez właściwy podmiot potwierdzone, a zatem są nieważne, a w konsekwencji nie można uznać, że wniosek został podpisany przez osobę upoważnioną, jak również że załączone do wniosku dokumenty potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu dla obu członków konsorcjum - obu spółek: FPH i P-M. Tym samym zaniechanie przez zamawiającą wykluczenia konsorcjum spółek FPH i P-M z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy naruszało ustawę.

Dalej KIO wskazała, że zasadny był również zarzut naruszenia przez zamawiającą § 4 ust.1 pkt 1 lit. a i ust. 3 Rozporządzenia w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż w Republice Finlandii nie wydaje się dokumentu potwierdzającego, że wobec spółki FPH nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości i zaakceptowanie, że wystarczającym jest zastępcze złożenie oświadczenia przed notariuszem publicznym w Republice Finlandii. Bezsporne było, że w Republice Finlandii prowadzony jest Rejestr Upadłości i Reorganizacji, z którego wynika, iż wobec spółki FPH nie ogłoszono upadłości. Niedopuszczalne było więc jego zastąpienie oświadczeniem w trybie § 4 ust. 3 Rozporządzenia. Dalej Izba wskazała, że skoro § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia posługuje się sformułowaniem „dokument lub dokumenty potwierdzające odpowiednio”, to jeżeli w Republice Finlandii nie stwierdza się otwarcia likwidacji, ale ogłoszenie postępowania restrukturyzacyjnego, to należy przyjąć, że zaświadczenie z Rejestru Upadłości i Reorganizacji Przedsiębiorstw potwierdza odpowiednio okoliczności określone w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia. Okoliczności zawarte we wniosku, w tym treść oświadczenia, że w danym kraju określonego zaświadczenia nie wydaje się, zamawiająca winna była zweryfikować,

albowiem - zgodnie z § 4 ust. 4 Rozporządzenia - w sytuacji, gdy wykonawca zagraniczny składa oświadczenie przed notariuszem, zamiast zaświadczenia, to w treści tego dokumentu znajduje się oświadczenie, że w danym kraju zaświadczenia nie wydaje się. Skoro zaś zamawiająca 1 września 2011 r. wezwała spółkę FPH do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wobec niej nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości lub złożenia oświadczenia, jeśli dokumentu nie wydaje się, aktualnie nie ma możliwości dokonania ponownego wezwania. W konsekwencji spółka FPH nie wykazała właściwym dokumentem braku podstaw wykluczenia i zamawiająca, nie dokonując czynności jej wykluczenia z postępowania, naruszyła art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit a i § 4 ust. 3 i 4 Rozporządzenia.

Zasadny był wreszcie zarzut naruszenia przez zamawiającą § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b i ust. 3 Rozporządzenia w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP, poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż w Republice Finlandii nie wydaje się urzędowego dokumentu potwierdzającego, że wobec spółki FPH nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne/nie figuruje w rejestrze skazanych i uznanie, że wystarczającym jest zastępcze złożenie oświadczenia przed notariuszem publicznym w Republice Finlandii. Przywołując powyższe rozważania w zakresie § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz c Rozporządzenia KIO podniosła, że odwołująca konsorcjum NMP i RR wykazało, że w Republice Finlandii prowadzony jest rejestr skazanych, w którym odnotowuje się także kary i ich wysokość, orzeczone w stosunku do spółek (okoliczności tej nie przeczyła spółka FPH, a co więcej - przedstawiła zaświadczenie z takiego rejestru). Skoro w takim rejestrze odnotowuje się osobę prawną, w stosunku do której orzeczono karę, to brak informacji w rejestrze oznacza, że żadnej kary nie orzeczono. A więc właściwie stwierdzony fakt niewidnienia spółki FPH w rejestrze odpowiednio potwierdza, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Mimo tego spółka FPH do swojego wniosku załączyła jedynie oświadczenie złożone przed notariuszem, a zamawiająca nie dokonała weryfikacji treści tego oświadczenia i przyjęła, że w Republice Finlandii nie wydaje się dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c Rozporządzenia, czym zaniechała dokonania prawidłowej weryfikacji braku podstaw wykluczenia wykonawcy. Gdyby zamawiająca działała prawidłowo, wezwałaby spółkę FPH do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Aktualnie jednak odpadł obowiązek wezwania do uzupełnienia zaświadczenia z rejestru skazanych dla spółki FPH w tym trybie, gdyż nawet gdyby konsorcjum w którego skład wchodzi ta spółka, zostało zaproszone do złożenia oferty, jego oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków oraz nie wykazanie braku podstaw wykluczenia, o których była mowa dla dwóch poprzednich zarzutów.

Skargę na powyższy wyrok, w części dotyczącej sprawy o sygn. akt KIO 2335/11, wniosło konsorcjum spółek FPH i P-M, żądając jego zmiany i oddalenia odwołania, ewentualnie jego zmiany i oddalenia odwołania w zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 23 ust. 2, art. 14 PZP w zw. z art. 103 i 104 KC oraz zarzutu naruszenia § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i ust. 3 Rozporządzenia, zaś w zakresie zarzutu naruszenia § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c i ust. 3 Rozporządzenia nakazania zamawiającej powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nakazania wezwania skarżącego konsorcjum do przedłożenia dokumentu z właściwego rejestru potwierdzającego, że wobec spółki FPH nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Zaskarżonemu orzeczeniu skarżąca zarzuciła naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art.: 103 § 1 i art. 104 KC w zw. z art. 14 i 23 ust. 2 PZP poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że podmiotem, który powinien był potwierdzić czynności dokonane bez umocowania, była spółka

P-M, a przez to uznanie, że wniosek w postępowaniu został podpisany przez osobę nieuprawnioną i w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, skutkujące uznaniem, że skarżące konsorcjum należało wykluczyć z postępowania, podczas gdy podmiotem uprawnionym do potwierdzenia czynności było skarżące konsorcjum, które te czynności potwierdziło, wobec czego nie było podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania (ust. 1 zarzutów); § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i ust. 3 Rozporządzenia poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przedłożone oświadczenie złożone przed notariuszem, potwierdzające, że wobec lidera konsorcjum - spółki FPH nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, nie jest wystarczające na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w art. 24 ust. 1 pkt 2 PZP i w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, skutkujące uznaniem, że skarżące konsorcjum należało wykluczyć z postępowania, podczas gdy oświadczenie to było dokumentem właściwym i wystarczającym do wykazania spełnienia warunku z art. 24 ust. 1 pkt 2 PZP, gdyż w Republice Finlandii nie jest wydawany dokument, który potwierdzałby łączne spełnianie warunku braku otwarcia likwidacji oraz ogłoszenia upadłości i za taki nie może zostać również uznany dokument wydawany przez *Oikeusrekisterikeskus - Legal Register Center* (ust. 2 zarzutów); § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c i ust. 3 Rozporządzenia poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przedłożone oświadczenie złożone przed notariuszem, potwierdzające, że wobec lidera konsorcjum — spółki FPH nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, nie jest wystarczające na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP i w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, skutkujące uznaniem, że skarżące konsorcjum należało wykluczyć z postępowania, podczas gdy oświadczenie to było dokumentem właściwym i wystarczającym do wykazania spełnienia warunku z art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, gdyż w Republice Finlandii nie jest wydawany dokument, który potwierdzałby spełnienie warunku braku zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia i za taki nie może zostać również uznany dokument wydawany przez *Oikeusrekisterikeskus - Legal Register Center* (ust. 3 zarzutów).

Nadto, wskazując że jest to zarzut ewentualny - zgłoszony w wypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu z ust. 3, skarżąca zarzuciła KIO naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i nie nakazanie zamawiającej wykonania czynności wezwania Konsorcjum do uzupełnienia brakujących dokumentów w zakresie spełnienia warunku określonego w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, co w konsekwencji skutkowało również naruszeniem prawa materialnego, tj. art. 26 ust. 3 i 4 PZP oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP i przyjęciem, że skarżące konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania bez wzywania do uzupełnienia, podczas gdy istniały podstawy do wezwania konsorcjum spółek FPH i P-M do uzupełnienia brakujących dokumentów, ewentualnie do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku określonego w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP.

Na koniec skarżący zarzucili KIO naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 190 ust. 7 PZP poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, dokonanej z pominięciem zasad logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego oraz zebranego materiału dowodowego, skutkującego wyprowadzeniem wniosków logicznie nieuzasadnionych, przejawiających się w uznaniu, że zamawiająca wymagała, by dalsze pełnomocnictwo, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, było podpisane przez wszystkich wykonawców, podczas gdy z ogłoszenia o zamówieniu wynikało jedynie, że pełnomocnictwo musi wyraźnie potwierdzać wolę działania w imieniu wszystkich wykonawców (ust. 4 *tiret* pierwsze zarzutów) oraz że zaświadczenie z Rejestru Upadłości i Reorganizacji Przedsiębiorstw z 5 września 2011 r. i 28 października 2011 r. oraz informacja z Wydziału Promocji Handlu i Inwestycji Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Helsinkach z 8 listopada 2011 r. potwierdzają że podmiot nie znajduje się ani w

likwidacji ani w upadłości, w sytuacji gdy z dokumentów tych wynika, że urzędowy rejestr prowadzony jest jedynie dla postępowań upadłościowych i reorganizacyjnych, a nie likwidacyjnych (ust. 4 *tiret* drugie zarzutów).

Nadto skarżący wnieśli o dopuszczenie powołanych w uzasadnieniu skargi dowodów oraz o zobowiązanie zamawiającej do przedłożenia oryginałów: pełnomocnictwa z 27 lipca 2011 r. udzielonego przez spółkę P-M Mirosławowi Białogłowskiemu, Wojciechowi Matuszewskiemu i Franciszkowi Dziegielewskiemu do udzielenia spółce FPH pełnomocnictwa ustanawiającego tę spółkę, jako lidera skarżącego konsorcjum, pełnomocnikiem; pełnomocnictwa ustanawiającego spółkę FPH pełnomocnikiem konsorcjum; oświadczenia z 5 września 2011 r. w sprawie potwierdzenia daty udzielenia pierwszego z powyższych pełnomocnictw.

W odpowiedzi na skargę konsorcjum spółek NMP i RR wniosło o oddalenie skargi oraz o zasądzenie od skarżącego konsorcjum zwrotu kosztów postępowania wg norm przepisanych. W uzasadnieniu pisma podzieliło stanowisko KIO oraz dodatkowo wskazano, iż nie wykazano zgody zamawiającej, o której mowa w art. 104 zd. II KC.

Nadto na posiedzeniu przeznaczonym na rozprawę apelacyjną konsorcjum spółek NMP i RR wniosło o odrzucenie skargi na orzeczenie Izby z uwagi na wadliwość doręczenia jej odpisu przeciwnikowi skargi.

Na posiedzeniu przeznaczonym na rozprawę apelacyjną zamawiająca zgłosiła przystąpienie po stronie skarżącego konsorcjum, a nadto podtrzymała stanowisko zajęte przed KIO (gdzie wносиła o oddalenie odwołania konsorcjum spółek NMP i RR) oraz wskazała, że na skutek wyroku Izby wykluczyła z postępowania konsorcjum spółek FPH i P-M, a więc w przypadku uwzględnienia skargi będzie zmuszona zmienić tę decyzję.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje

Postanowieniem z 3 lutego 2012 r. oddalono wniosek przeciwnika skargi o odrzucenie tego środka zaskarżenia.

Skoro w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO nie przysługuje skarga kasacyjna (por. art. 198g ust. 1 zd. I PZP), na powyższe postanowienie nie przysługiwało zażalenie (por. art. 394¹ § 2 KPC w zw. z art. 198a § 2 PZP). Nie podlegało ono więc uzasadnieniu (por. art. 357 § 1 zd. I KPC w zw. z art. 198a § 2 PZP).

Skarga, jako bezzasadna, podlega oddaleniu.

Co do zasady należyte rozpoznanie skargi na orzeczenie Izby wymaga odniesienia się w pierwszej kolejności do zarzutów wywodzonych z przepisów prawa procesowego. Jest bowiem zrozumiałe, że oceny zasadności zarzutów naruszenia prawa materialnego można dokonać wówczas, gdy stan faktyczny sprawy stanowiący podstawę rozstrzygnięcia, został prawidłowo ustalony (*vide per analogiam* przykładowo: uzasadnienie wyroku SN z 18 kwietnia 2007 r. V CSK 55/07, OSNC-ZD 2008, z. 1, poz. 24; teza z uzasadnienia wyroku SN z 20 kwietnia 2004 r. V CK 92/04, *Lex* 194083).

Tym niemniej w niniejszej sprawie w pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów naruszenia prawa materialnego, bowiem już to pozwoli

na wydanie merytorycznego orzeczenia w sprawie.

Zaskarżonemu orzeczeniu skarżąca zarzuciła naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art.: 103 § 1 i art. 104 KC w zw. z art. 14 i 23 ust. 2 PZP poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że podmiotem, który powinien był potwierdzić czynności dokonane bez umocowania, była spółka P-M, a przez to uznanie, że wniosek w postępowaniu został podpisany przez osobę nieuprawnioną i w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, skutkujące uznaniem, że konsorcjum spółek FPH i P-M należało wykluczyć z postępowania, podczas gdy podmiotem uprawnionym do potwierdzenia czynności było konsorcjum, które te czynności potwierdziło, wobec czego nie było podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania (ust. 1 zarzutów).

W tym zakresie jeszcze raz przypomnieć należy, że zgodnie z sekcją III.2.1.8 *Ogłoszenia*, z treści stosownych pełnomocnictw musiała wyraźnie wynikać wola udzielenia pełnomocnictwa do działania w imieniu wszystkich wykonawców. Skoro zaś w treści pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. wskazano, że zostało ono udzielone przez spółkę FPM („my niżej podpisani Forum Power and Heat Oy [...] niniejszym upoważniamy”), zasadnie KIO (ale i zamawiająca, stąd wezwanie z art. 26 ust. 3 PZP) przyjęła, że nie wynika z przywołanego pełnomocnictwa, że zostało ono udzielone w imieniu i na rzecz spółki P-M.

Powyższego wniosku nie zmienia zarówno, że spółka FPH, a więc spółka udzielająca powyższego pełnomocnictwa, była liderem konsorcjum, a więc była upoważniona do reprezentowania jego uczestników, w tym spółki P-M.

Potencjalnie oczywiście dopuszczalne było podpisanie pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. jedynie przez spółkę FPH, ale ze skutkiem dla wszystkich członków konsorcjum. Godzi się bowiem przypomnieć, że sekcja III.2.1.8 *Ogłoszenia* nie wymagała, aby pełnomocnictwo było podpisane przez wszystkich członków konsorcjum, ale jedynie, aby z niego wynikało, że zostało ono udzielone w imieniu wszystkich członków konsorcjum. Jest to zresztą zgodne z przyjętą na gruncie prawa polskiego teorią reprezentacji, w myśl której skuteczność działania przedstawiciela zależy od spełnienia szeregu przesłanek, wśród których wymaga się, aby przedstawiciel działający w imieniu reprezentowanego, wyraźnie [wymóg wyraźnego odwołania się do umocowania wynika z przywołanej powyżej sekcji *Ogłoszenia*] wskazał, że działa w imieniu mandanta; przy braku takiego wskazania można co najwyżej odwoływać się do instytucji zastępcy pośredniego (por. teza II. 1 do art. 95 [w:] E. Gniewek {red.}, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2010, wyd. 4, *Legalis* wersja 610; vide uzasadnienie wyroku SN z 12 kwietnia 1973 r. III CRN 77/73, OSNCPIUS 1974, z. 2, poz. 31).

W konsekwencji dla możliwości przyjęcia, że spółka FPH udzieliła pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. nie tylko we własnym imieniu, ale również jako pełnomocnik spółki P-M, konieczne było wskazanie tego w treści pełnomocnictwa (przykładowo można było wskazać, że „my niżej podpisani Fortum Power and Heat Oy, działając w imieniu własnym oraz działając jako pełnomocnik [ew. w imieniu i na rzecz] spółki Polimex - Mostostal, niniejszym upoważniamy...” - sformułowanie to spełniałoby wymóg wyraźnej wyrażonej woli udzielenia pełnomocnictwa w imieniu wszystkich wykonawców {por. sekcja III.2.1.8 *Ogłoszenia*}), takiego zastrzeżenia jednak w treści pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. brak. Nie można więc było przyjąć, w oparciu o przepisy o pełnomocnictwie, że zostało ono udzielone przez spółkę FPH również w imieniu i na rzecz spółki P-M.

Tym samym Sąd Okręgowy - w składzie rozpoznającym niniejszą

skargę na orzeczenie KIO - nie podziela wyrażanego w orzecznictwie poglądu, który *nota bene* wydaje się być odosobnionym, zgodnie z którym brak użycia w dalszym pełnomocnictwie nomenklatury „w imieniu i na rzecz” określonych podmiotów (konsorcjantów), nie dyskwalifikuje skuteczności pełnomocnictwa, ponieważ nigdzie prawem nie zapisano, że istnieje skuteczny obowiązek prawny, aby w kolejno dalej udzielanych pełnomocnictwach przywoływano cały ciąg upoważnień (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 9 października 2008 r. KIO/UZP 1023/08, *Legalis* wersja 610). Po pierwsze w uzasadnieniu przywołanego orzeczenia nie dokonano przekonującego wyводу na poparcie tego stanowiska. Po drugie zaś - jak już wskazano - w przyjmowanej na gruncie prawa polskiego teorii reprezentacji wynika, że aby pełnomocnik skutecznie działał na rzecz mandanta, konieczne jest ujawnienie faktu działania w jego imieniu i na jego rzecz.

Jednocześnie dostrzec można, że konsorcjum stanowi *sui generis* spółkę cywilną. Aktualnie bowiem możliwość wspólnego ubiegania się przez konsorcjantów o udzielenie zamówienia publicznego, w świetle obowiązującej zasady swobody umów (por. art. 353¹ KC), nie budzi wątpliwości (por. art. 23 PZP). Jednocześnie podnosi się, że wytyczonym przez strony umowy konsorcjum celem gospodarczym może być uzyskanie zamówienia publicznego, zawarcie umowy o jego wykonanie oraz osiągnięcie pewnego zysku w wyniku wykonania zawartej umowy (vide uzasadnienie wyroku SN z 17 września 2008 r. III CSK 119/08, OSNC 2009, z. 9, poz. 130). Z tego względu doktryna podnosi, że tak rozumiane konsorcjum mieści się w modelu spółki prawa cywilnego uregulowanej w kodeksie cywilnym. Bowiem - zgodnie z art. 860 § 1 KC - przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Jednakże w przypadku konsorcjum osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów, co z kolei stanowi regułę w przypadku spółek cywilnych; w konsekwencji nie powstaje także wspólny majątek konsorcjantów, do którego powstania dochodzi w przypadku typowej spółki cywilnej. Z tego względu konsorcjum stanowi jedynie specyficzną spółkę prawa cywilnego (teza 2 do art. 23 [w:] M. Stachowiak {współaut.}, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex* 2007, wyd. III).

Reprezentację spółki cywilnej (a właściwie wspólników spółki cywilnej {vide uzasadnienie uchwały SN (7) z 26 stycznia 1996 r. III CZP 111/95, OSNC 1996, z., poz. 63}) reguluje art. 866 KC, zgodnie z którym w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Przepis ten statuuje określone umocowanie, a więc można tu mówić o przedstawicielstwie ustawowym, nie zaś przedstawicielstwie umownym, a więc pełnomocnictwie (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 13 października 2000 r. II CKN 298/00, *Legalis* wersja 610). Nie mniej jednak i w tym zakresie zastosowanie znajdują przeprowadzone powyżej rozważania, zgodnie z którymi aby spółka FPH skutecznie udzieliła pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. ze skutkiem dla spółki P-M, musiała w treści pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. wskazać, że działa w imieniu i na rzecz tej spółki.

Do paralelnego wniosku jak powyżej należy dojść, jeśli umocowania spółki FPH do reprezentowania spółki P-M poszukiwać w art. 23 ust. 2 PZP - który to przepis, jako szczególny względem art. 866 KC - winien znaleźć zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. art. 14 *in fine* PZP). Również bowiem w tym wypadku mamy do czynienia z przedstawicielstwem ustawowym (vide teza z uzasadnienia Zespołu Arbitrów UZP z 4 kwietnia 2007 r. UZP/ZO/0-3 52/07, *Legalis* wersja 610). Jednakże i w tym wypadku uprawnienie lidera konsorcjum do działania w imieniu

wykonawców, wynika z oświadczenia tychże wykonawców (pełnomocnictwa *sui generis*). Zgodnie bowiem z art. 23 ust. 2 PZP wykonawcy-uczestnicy konsorcjum ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powstaje więc pytanie o możliwość potwierdzenia pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. przez spółkę P-M (w tym przez spółkę FPH działającą w imieniu i na rzecz spółki P-M).

Zaznaczenia więc wymaga, że skoro - zgodnie z art. 96 KC - umocowanie do działania w cudzym imieniu może się opierać na oświadczeniu reprezentowanego, to udzielenie pełnomocnictwa następuje w drodze jednostronnej czynności prawnej (vide: teza z uzasadnienia wyroku S.A. w Poznaniu z 30 maja 2006 r. I ACa 1363/05, *Lex* 278401; por.: teza III.2 do art. 96 [w:] E. Gniewek {red.}, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2010, Nb. 6, *Legalis* wersja 576 oraz teza III.1 do art. 96 [w:] K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2008, Nb. 6, *Legalis* wersja 576).

W sprawie zastosowanie znajdować mogła dyspozycja art. 104 KC, zgodnie z którą jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna (zd. I); jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania (zd. II). Z przepisu tego wynika wniosek, że aby możliwe było potwierdzenie pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. przez spółkę P-M, zamawiająca musiała wyrazić zgodę na działanie Stanisława Borawskiego bez umocowania pochodzącego od spółki P-M.

Przed wszystkim taka zgoda była niedopuszczalna, a ew., jako sprzeczna z prawem, nieważna. Pamiętać bowiem należy, że w przywołanym art. 23 ust. 2 PZP ustawodawca ustanowił obowiązek ustanowienia pełnomocnika przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie (por.: teza 3 do art. 23 [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2012, wyd. 11, Nb. 3, *Legalis* wersja 610; teza 3 do art. 23 [w:] M. Stachowiak {współaut.}, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex* 2007, wyd. III). W świetle takiej regulacji jako niedopuszczalne jawi się wyrażenie zgody przez zamawiającego na działanie przez pełnomocnika wykonawcy bez prawidłowego umocowania. Skoro więc art. 104 zd. II KC w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co do kwestii pełnomocnictwa, nie może nieść zastosowania (dopuszczalność zgody zamawiającej na działanie osoby w imieniu wykonawcy bez prawidłowego pełnomocnictwa, wyłącza art. 23 ust. 2 PZP). Art. 14 PZP stanowi bowiem, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy KC, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej.

Ergo skoro art. 23 ust. 2 PZP wyłączał wyrażenie zgody z art. 104 zd. II KC przez zamawiającą, to art. 104 zd. I KC w zw. z art. 14 PZP w ogóle nie dopuszczał możliwości potwierdzenia przez spółkę P-M pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r.

Lecz nawet jeśli nie podzielić powyższych uwag, to i tak, dostrzegając swobodę, jaką ustawodawca przewidział w art. 104 zd. II KC dla zgody na działanie bez umocowania, ten, kto twierdzi, że takiej zgody udzielono, winien - zgodnie z ogólnymi regułami rozkładu ciężaru dowodu por. art. 6 KC i art. 232 zd. I KPC) - udowodnić ten fakt (por. teza 2 do art. 104 [w:] E. Gniewek {red.}, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2010, wyd. 4, Nb. 2, *Legalis* wersja 610).

Faktu takiej zgody skarżące konsorcjum nie udowodniło. Zaś - stosownie do przywołanego art. 6 KC - ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy nie tylko jako obarczenie strony obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako obowiązek obciążenia strony konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 r. II CSK 293/07, Lex487510).

Dodatkowo na brak zgody (z art. 104 zd. II KC) zamawiającej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego świadczy treść wezwania z 1 września 2011 r. (wystosowanego w trybie art. 26 ust. 2 PZP), w którym zamawiająca wzywała skarżące konsorcjum do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla Stanisława Borawskiego. Przesłanką zastosowania tego wezwania - *verba legis* - jest uznanie przez zamawiającą, że wykonawca nie złożył m.in. pełnomocnictw. Skoro zamawiająca wzywała do uzupełnienia tego

braku, to nie mogła jednocześnie wrażyć zgody na działanie pełnomocnika bez prawidłowego pełnomocnictwa od spółki P-M.

Na koniec tej części rozważań dodatkowo można wskazać, że Sąd Okręgowy podziela pogląd, zgodnie z którym dyspozycja art. 104 KC, odwołująca się do działania „bez umocowania”, winna być rozumiana szeroko, a więc jako obejmująca tym pojęciem także wszystkie wypadki przekroczenia zakresu udzielonego umocowania (por. w szczególności teza 2-3 do art. 104 [w:] M. Pazdana {współaut.}, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, 2011, wyd. 6, Nb. 2-3, *Legalis* wersja 610).

Jednocześnie w odpowiedzi na wezwanie z 1 września 2011 r. skarżące konsorcjum nie przedłożyło zamawiającej pełnomocnictwa podpisanego przez spółkę P-M, lub prawidłowo podpisanego przez spółkę FPH jako lidera konsorcjum w imieniu i na rzecz spółki P-M.

Również wnioski dowodowe skargi na orzeczenie KIO (*k.* 5-6) nie zmierzają do wykazania, czy to że zamawiająca wyraziła zgodę na działanie Stanisława Borawskiego bez umocowania pochodzącego od spółki P-M, czy to że w odpowiedzi na wezwanie z 1 września 2011 r. skarżące konsorcjum przedłożyło zamawiającej pełnomocnictwo dla Stanisława Borawskiego, w którego treści wyraźnie by wskazano, że pochodzi ono również od spółki P-M. Natomiast dowody dotyczące ustalenia faktów niemających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w rozumieniu art. 227 KPC w zw. z art. 198a ust. 1 PZP, należy uznać za zmierzające jedynie do zwłoki postępowania, co z kolei pozwala pominąć stosowne środki dowodowe zgodnie z treścią art. 217 § 2 w zw. z art. 391 § 1 zd. I KPC i art. 198a ust. 2 PZP (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 13 lutego 1997 r. I PKN 71/96, OSNP 1997, z. 19, poz. 377; teza z postanowienia SN z 3 września 2008 r. I UK 91/08, *Lex* 785520).

Z powyższych względów za zasadny należy uznać wniosek Izby, że skarżące konsorcjum - zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP - podlegało wykluczeniu z przedmiotowego postępowania. Tym samym nie jest zasadny ust. 1 zarzutów skargi na orzeczenie KIO.

Nakazuje to uznać, że już z powyższego faktu wykluczeniu podlegało konsorcjum spółek FPH i P-M. Wniosku tego nie mogły zmienić rozważania w zakresie dalszych zarzutów skargi.

Natomiast - *per analogiam* do tego, co wskazano powyżej - można uznać, że zarzuty dotyczące okoliczności niemających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy należy uznać za zmierzające jedynie do zwłoki postępowania, co z kolei pozwala je pominąć zgodnie z treścią art. 217 § 2 w zw. z art. 391 § 1 zd. I KPC i art. 198a ust. 1 PZP.

Rozważania w zakresie dalszych zarzutów zostaną więc przeprowadzone skrótkowo. Nawet bowiem ich uwzględnienie - jak już wskazano - nie mogło nic zmienić w fakcie, że skarżące konsorcjum i tak podlegało wykluczeniu (a nawet jeśli zostałyby dopuszczone do dalszych etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jego oferta podlegałaby odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP).

Dotychczas przeprowadzone rozważania nakazują za chyby uznać zarzut ujęty w ust. 4 *tiret* pierwsze zarzutów skargi.

Rację ma skarżące konsorcjum, że sekcja III.2.1.8 *Ogłoszenia* wymagała jedynie, aby pełnomocnictwo wyraźnie potwierdzało wolę działania w imieniu wszystkich wykonawców (nie zaś aby dalsze pełnomocnictwo, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, było podpisane przez wszystkich wykonawców). Nie mniej jednak - jak już wskazano - z pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r. nie wynikało, że zostało ono udzielone w imieniu i na rzecz spółki P-M.

W zakresie twierdzenia ujętego w ust. 2 zarzutów wskazać należy, że poza sporem pozostawało, iż odpowiedni organ w Republice Finlandii wydaje zaświadczenie odnośnie upadłości (i restrukturyzacji), nie zaś co do likwidacji. Z tego względu spółka FPH, dla spełnienia stosownych wymogów, winna przedłożyć takie zaświadczenie jedynie w zakresie upadłości.

§ 4 ust. 1 pkt 1 lit. a Rozporządzenia stanowi, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast określonych dokumentów, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Skoro przepis ten mówi o dokumencie lub dokumentach, które mają odpowiednio potwierdzać, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, w sytuacji, gdy spółka FPH mogła przedstawić dokument, z którego by wynikało jedynie, że nie ogłoszono wobec niej upadłości, winna taki dokument przedstawić. „Odpowiednio” oznacza m.in., że można zastosować jedynie część określonego przepisu, a więc - w realiach sprawy - choćby w zakresie dokumentu potwierdzającego, że wobec spółki FPH nie ogłoszono upadłości.

Na marginesie można wskazać, że nic nie stało na przeszkodzie, aby spółka FPH przedstawiła jednocześnie zaświadczenie w zakresie upadłości, a równocześnie własne oświadczenie w zakresie likwidacji.

Skoro zaś w odpowiedzi na wezwanie z 1 września 2011 r. załączyła jedynie oświadczenie, o którym mowa w § 4 ust. 3 Rozporządzenia, nie zaś zaświadczenie o którym mowa § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a Rozporządzenia w zakresie upadłości, zasadnie KIO uznała, że konsorcjum spółek FPH i P-M podlegało wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP.

W konsekwencji chyby jest również zarzut naruszenia przez Izbę art. 190 ust. 7 PZP poprzez uznanie, że zaświadczenie z Rejestru Upadłości i

Reorganizacji Przedsiębiorstwa z 5 września 2011 r. i 28 października 2011 r.

oraz informacja z Wydziału Promocji Handlu i Inwestycji Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Helsinkach z 8 listopada 2011 r. potwierdzają, że podmiot nie znajduje się ani w likwidacji ani w upadłości, w sytuacji gdy z dokumentów tych wynika, że urzędowy rejestr prowadzony jest jedynie dla postępowań upadłościowych i reorganizacyjnych, a nie likwidacyjnych (ust. 4 *tiret* drugie zarzutów).

Jak bowiem wynika wprost z uzasadnienia wyroku KIO, skoro w Republice Finlandii nie stwierdza się otwarcia likwidacji, ale ogłoszenie postępowania restrukturyzacyjnego, to zaświadczenie z Rejestru Upadłości i Reorganizacji Przedsiębiorstw potwierdza odpowiednio okoliczności z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a Rozporządzenia (*str. 44 wyroku KIO wraz z uzasadnieniem Izby*). Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika, aby Izba przyjęła, że spółka FPH mogła przedstawić stosowane zaświadczenie w zakresie własnej likwidacji.

Pozostałe dwa zarzuty (ujęte w ust. 3 zarzutów, w tym określony tam zarzut ewentualny) dotyczyły niewzwwania spółki FPH do przedłożenia dokumentu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP.

Zasadnie zaś KIO wskazała (*str. 46 wyroku KIO z uzasadnieniem*), że oferta skarżącego konsorcjum i tak podlegałaby odrzuceniu, gdyż - zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli m.in. została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert (natomiast powyżej wskazano, że zasadnie Izba uznała, iż konsorcjum spółek FPH i P-M podlegało wykluczeniu już z uwagi na wadliwość pełnomocnictwa z 1 sierpnia 2011 r.). Z kolei zgodnie z art. 26 ust. 3 zd. I PZP nie wzywa się wykonawców do złożenia brakujących dokumentów, jeśli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zarzuty te, jako niemające znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, podlegały więc pominięciu - jak już wskazano - zgodnie z art. 217 § 2 w zw. z art. 391 § 1 zd. I KPC i art. 198a ust. 1 PZP.

Na koniec godzi się zaznaczyć, że skoro skarżąca nie postawiła skutecznie jakiegokolwiek zarzutu naruszenia przez KIO przepisów procedury, a jednocześnie takich naruszeń, oczywiście podlegających uwzględnieniu przez sąd drugiej instancji z urzędu (por. art. 378 § 1 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP), nie dostrzega Sąd Okręgowy, należało podzielić ustalenia Izby i przyjąć je za własne.

Zakresem zaskarżenia skarżące konsorcjum objęło także rozstrzygnięcie przez KIO o kosztach postępowania, nie podnosząc w tym zakresie jednak jakichkolwiek samodzielnych (niezależnych od zaskarżenia rozstrzygnięcia co do wniesionego odwołania) zarzutów.

Pamiętając, że orzeczenie o kosztach jest akcesoryjne formalnie do rozstrzygnięcia o żądaniu głównym (uwzględnienia odwołania), bezzasadność skargi na orzeczenie KIO w zakresie uwzględnienia odwołania konsorcjum spółek NMP i RR, w sytuacji, gdy KIO o kosztach postępowania z odwołania orzekła na podstawie art. 192 ust. 10 PZP obciążając nimi zamawiającą (odwołanie konsorcjum spółek NMP i RR od czynności zamawiającej zostało uwzględnione), musi skutkować uznaniem skargi za bezzasadną także w zakresie zaskarżenia, zawartego w ust. 2 wyroku KIO, postanowienia o kosztach postępowania z odwołania przed Izba2335/11 w sprawie o sygn. akt KIO.

Mając na uwadze powyższe - na podstawie art. 385 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP - sąd oddalił skargę mocą ust. 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania ze skargi na wyrok KIO sąd rozstrzygnął na podstawie art. 198f ust. 5 *in principio* PZP, zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

Powyższe znajduje uzasadnienie w fakcie, że środek zaskarżenia skarżącego konsorcjum, zgodnie z wnioskiem przeciwników skargi (konsorcjum spółek NMP i RR) został oddalony. To więc skarżące konsorcjum uległo w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO w całości i to je winny ostatecznie obciążać koszty tej fazy procesu, w tym koszty przeciwnika skargi.

Jedynym kosztem procesu, jaki poniosło konsorcjum będące przeciwnikiem skargi, był koszt zastępstwa procesowego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (*k. 80-81*) w wysokości 1.200 zł (por.: § 11 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 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.} w zw. z § 5 tegoż rozporządzenia).

Przy czym z faktu, że do umowy konsorcjum znajdują zastosowanie - jak już wskazano - przepisy o umowie spółki cywilnej, wynikają jeszcze dwa wnioski. Pierwszy taki, że o kosztach należało rozstrzygnąć solidarnie, a więc w istocie zasądzić zwrot kosztów od skarżącego konsorcjum na rzecz konsorcjum będącego przeciwnikiem skargi (por. art. 864 KC w zw. art. 105 § 2 zd. I KPC). Drugi taki, że skoro współuczestnictwo wspólników spółki cywilnej w procesie przybiera charakter współuczestnictwa materialnego (vide uzasadnienie postanowienia SN z 17 stycznia 2003 r. I CK 109/02, OSNC 2004, z. 5, poz. 73), również współuczestnictwu konsorcjantów po obu stronach procesu w niniejszej sprawie należało przyznać charakter współuczestnictwa materialnego. Zaś współuczestnikom materialnym reprezentowanym przez tego samego pełnomocnika (*k. 80-81*) należy się zwrot kosztów w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu jednego pełnomocnika (vide: uchwała SN z 30 stycznia 2007 r.

III CZP 130/06, OSNC 2008, z. 1, poz. 1; teza z uzasadnienia postanowienia SN z 11 maja 1966 r. I CZ 36/66, *Lex* 5984).

Natomiast w sprawie brak było podstaw do potraktowania opłat skarbowych od złożenia kopii dokumentów stwierdzających udzielenie pełnomocnictwa w postępowaniu sądowym przed Sądem Okręgowym przez przeciwnika skargi (*k. 82-83*) jako koszty niezbędne do celowej obrony. W sytuacji bowiem, gdy stosowne pełnomocnictwa „procesowe” podmioty te już udzieliły w toku postępowania przed KIO (*str. 3 protokołu z posiedzenia i rozprawy KIO z 9 listopada 2011 r.*), nie może być uznane za niezbędny koszt procesu udzielenie nowego pełnomocnictwa na kolejnym etapie postępowania, a w każdym razie nie jest to niezbędne w stopniu uzasadniającym obciążenie strony przeciwnej tym kosztem procesu.

Mając na uwadze powyższe - na podstawie art. 108 § 1 zd. I KPC oraz art. 109 § 2 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP i przywołanymi przepisami - sąd postanowił zasądzić od skarżących - konsorcjum spółek FPH i P-M na rzecz przeciwników skargi - konsorcjum spółek NMP i RR kwotę 1.200 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO.

Na marginesie można wskazać, że brak było podstaw do zasądzenia na rzecz konsorcjum spółek NMP i RR (przeciwnika skargi) zwrotu kosztów

niniejszego postępowania odwoławczego od zamawiającej.

Skarga na orzeczenie KIO wniesiona na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych inicjuje postępowanie przed sądem powszechnym (vide uzasadnienie uchwały SN z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05, OSNC 2006, z 11, poz. 182). Stroną takiego postępowania jest skarżący i przeciwnik skargi. Przepisy przywołanej ustawy nie dają podstawy do konstruowania postępowania ze skargi jako postępowania, w którym występuje mnogość stron (vide uzasadnienie postanowienia SN z 19 czerwca 2007 r. III CZP 25/07, *Lex* 306787). Oznacza to, że podmiot zgłaszający swoje uczestnictwo w postępowaniu przed sądem ze skargi na orzeczenie KIO po którejś ze stron (skarżącego albo przeciwnika skargi), ma status interwenienta ubocznego (vide uzasadnienie uchwały SN z 7 grudnia 2007 r. III CZP 123/07, *Lex* 322101). Skoro zaś na posiedzeniu przeznaczonym na rozprawę apelacyjną swoje przystąpienie do sprawy, po stronie skarżącego konsorcjum, zgłosiła zamawiająca, należało ją potraktować jako interwenientkę uboczną po stronie skarżącej.

Jak na rozprawie apelacyjnej wskazała sama zamawiająca, w przypadku uwzględnienia skargi zmuszona będzie zmienić decyzję o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum spółek FPH i P-M, bowiem konsorcjum te już wykluczyła zgodnie z wyrokiem KIO. W przypadku więc niekorzystnego wyniku sprawy dla strony przeciwnej do tej, do której zamawiająca przystąpiła (uwzględnienia skargi), zamawiająca będzie musiała zmienić decyzję o wykluczeniu. Nie mniej jednak takiej treści ewentualny wyrok nie odniósłby bezpośredniego skutku prawnego w stosunku między zamawiającą a przeciwnikiem strony, do której przystąpiła (nie skutkowałby powstaniem jakichkolwiek praw czy obowiązków pomiędzy zamawiającą a konsorcjum spółek NMP i RR). Wywarłby on co najwyżej skutek faktyczny w stosunku między zamawiającą a konsorcjum spółek NMP i RR w postaci zmniejszenia szans tego konsorcjum na wygranie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wobec dopuszczenia konsorcjum spółek FPH i P-M do dalszych etapów tego postępowania). Natomiast art. 81 KPC w zw. z art. 198a ust. 1 PZP, aby mówić o interwencji samoistnej, wymaga bezpośredniego skutku prawnego wyroku między interwenientem a przeciwnikiem strony, do której przystąpił. W konsekwencji nie sposób mówić, aby interwencja zamawiającej miała charakter samoistny (do której miałyby odpowiednie zastosowanie przepisy o współuczestnictwie jednolitym).

Zgodnie natomiast z art. 107 zd. I KPC interwenient uboczny, do którego nie mają zastosowania przepisy o współuczestnictwie jednolitym, nie zwraca kosztów przeciwnikowi strony, do której przystąpił.

Na oryginale właściwe podpis

l., . Za zgodność świadczy:
; 'V .

i St. SEKRETARZ

■ ' dzi Gospóarczegc
j.idu Okręgowego w Łodzi

Beata Konaczyńska