

Sygn. akt IX Ga 39/12

Postanowienie

Dnia 19 marca 2012 roku

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Sławomir Boratyński (spr.)

Sędziowie: SSO Monika Kazubińska - Kręcis

SSO Małgorzata Skoczyńska

Protokolant: Magdalena Kot

po rozpoznaniu w dniu 15 marca 2012 roku w Lublinie
na rozprawie

sprawy odwołania konsorcjum ALSTOM Power spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Warszawie, ALSTOM Boiler Deutschland GmbH w Mannheim - Niemcy oraz PBG spółki
akcyjnej w Wysogotowie

od czynności zamawiającego Elektrowni Kozenice spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Świerżach Górnych podjętych w postępowaniu przetargowym

z udziałem uczestnika po stronie zamawiającego konsorcjum: China Overseas Engineering
Group Co. Ltd (COVEC) w Pekinie w Chińskiej Republice Ludowej oraz China National
Electric Engineering Co. Ltd. w Pekinie w Chińskiej Republice Ludowej

na skutek skargi odwołującego się

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2012 r.

KIO/2769/11

postanawia:

- I. odrzucić skargę;
- II. zasądzić od skarżącego konsorcjum - solidarnie od jego członków: ALSTOM Power spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ALSTOM Boiler Deutschland GmbH w Mannheim - Niemcy oraz PBG spółki akcyjnej w Wysogotowie na rzecz zamawiającego Elektrowni Kozenice spółki z ograniczoną

Sygn. akt IX Ga 39/ 12

UZASADNIENIE :

Postanowieniem z dnia 5 stycznia 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Warszawie odwołania wniesionego

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstom Power spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim (Niemcy), PBG Spółkę Akcyjną w Wysogotowie od czynności zamawiającego Elektrowni „Kozienice” Spółki Akcyjnej w Świerżach Górnych przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: China Overseas Engineering Group Co. Ltd. w Pekinie (Chińska Republika Ludowa), China National Electric Engineering Co. Ltd. w Pekinie (Chińska Republika Ludowa) odrzuciła odwołanie (pkt 1) oraz kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstom Power spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim (Niemcy), PBG Spółkę Akcyjną w Wysogotowie i nakazała zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł. z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (pkt 2).

Jako uzasadnienie postanowienia wskazano ,że zamawiający - Elektrownia „Kozienice” Spółka Akcyjna w Świerżach Górnych - prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2011 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne opalanego węglem kamiennym o mocy elektrycznej netto: minimum 900 MWe, maximum 100 MWe w Elektrowni Kozienice SA. Wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty wskazane w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. 7 grudnia 2011 zamawiający przesłał wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu zaproszenie do składania ofert. 23 grudnia 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstom Power spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim, PBG Spółka Akcyjna w Wysogotowie wnieśli odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia China Overseas Engineering Group Co. Ltd. w Pekinie, China National Electric Engineering Co. Ltd. w Pekinie, mimo posiadania wiedzy o złożeniu przez wykonawców nieprawdziwych informacji w toku postępowania. Nadto odwołujący podniósł zarzut podjęcia czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania. Wskazując na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia powyższego konsorcjum Covec do składania ofert, wykluczenia konsorcjum Covec z powodu złożenia nieprawdziwych informacji oraz dokonanie ponownego zaproszenia wykonawców do składania ofert. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że skoro o fakcie zaproszenia konsorcjum Covec do składania ofert dowiedział się 13 grudnia 2012 r. zapoznając się z protokołem postępowania, to termin na wniesienie odwołania ustalony w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp został zachowany. Podniósł również, że mimo, że pismem z 10 sierpnia 2011 r. poinformował zamawiającego o okolicznościach skutkujących wykluczeniem konsorcjum Covec, zamawiający zaprosił konsorcjum Covec do składania ofert. W ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2011 r. KIO 93/11, wywiódł, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ciąży na zamawiającym niezależnie od etapu postępowania. Konsorcjum Covec zachowując wymagania ustalone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 2 pkt 3 Pzp, wskazując na konieczność liczenia terminu na

wniesienie odwołania od przesłania informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, alternatywnie wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 46-068322. W pkt VI.3.)10 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający ustalił, że do składania ofert wstępnych zaprosi wykonawców spełniających wszystkie wymogi - wymagania dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ocena spełniania wymogów zostanie dokonana metodą „spełnia/nie spełnia”. Odwołujący pismem z 10 sierpnia 2011 r. wskazał na złożenie przez konsorcjum Covec nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując takie same uzasadnienie faktyczne (powoływane inwestycje) i prawne, jak w treści odwołania. Zamawiający 20 sierpnia 2011 r. przekazał wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W informacji otrzymanej przez odwołującego za pośrednictwem faksu 20 sierpnia 2011 r. znajduje się informacja, że konsorcjum Covec spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W ocenie KIO odwołanie podlega odrzuceniu. Izba wyraziła pogląd, że odwołanie winno być wniesione w terminie ustalonym od dnia przesłania przez zamawiającego informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stosownie do art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby odwołanie zostało nadto wniesione z uchybieniem terminu nawet przy uznaniu stanowiska odwołującego, że nie został poinformowany o zaproszeniu konsorcjum Covec do złożenia oferty, zatem w sprawie znajduje zastosowanie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do przywołanego przepisu, odwołanie wobec czynności, innych niż wskazane ust. 1 i 2, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba uznała jak wskazano powyżej, że dniem w którym odwołujący powziął wiadomość o podstawach wniesienia odwołania jest dzień otrzymania przez odwołującego informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro, zgodnie z pkt. VI.3)10 ogłoszenia o zamówieniu, spełnianie warunków udziału w postępowaniu skutkuje uzyskaniem zaproszenia do złożenia oferty wstępnej, która - o ile nie podlega odrzuceniu - stanowi podstawę do negocjacji i zaproszenia do złożenia oferty, (stosownie do art. 58 ust. 1 oraz art. 60 ust. 1 ustawy Pzp), odwołujący już z samej informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien powziąć wiedzę, że konsorcjum Covec zostanie zaproszone do złożenia oferty. A skoro odwołujący przed przesłaniem przez zamawiającego informacji o wynikach oceny spełniania warunków w dniu 20 sierpnia 2011 r., informował zamawiającego o podstawach wykluczenia konsorcjum Covec, to powzięcie przez odwołującego informacji, że zamawiający uznał, iż konsorcjum Covec spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oznacza, że konsorcjum Covec może uzyskać zaproszenie do złożenia oferty. W takich okolicznościach według Izby odwołujący działając z należyłą starannością winien wnieść odwołanie w terminie 10 dni od dnia otrzymania informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyli do dnia 30 sierpnia 2011 r. Podstawę do jego wniesienia stanowi bowiem powzięcie informacji, że zamawiający nie uwzględnił okoliczności

podnoszonych w piśmie z 10 sierpnia 2011. Odwołujący zaniechał dokonania tej czynności. W ocenie Izby, wskazywanie na datę powzięcia wiedzy o zaproszeniu konsorcjum Covec do złożenia oferty zmierza w istocie do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania, któremu odwołujący uchybił. Izba zauważyła, że już zmiana ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 7 kwietnia 2006 r. (Dz. U. z 2006 r., Nr 79, poz. 551) wprowadziła zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, polegającą m.in. na konieczności zgłaszania, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących naruszających przepisy ustawy czynności zamawiającego lub zaniechań przez zamawiającego czynności, do których dokonania jest zobowiązany, w ściśle określonych terminach, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Zasada ta pozostaje aktualna również na gruncie obowiązujących przepisów ustawy. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 26 listopada 2007 r. (sygn. akt V Ca 2056/07 niepubl.), wywiódł, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością - zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Bezsprzecznie okoliczności stanowiące ośnowę faktyczną zarzutów odwołania były odwołującemu znane już na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie oraz profesjonalny charakter prowadzonej przez siebie działalności, odwołujący dokładając należytej staranności winien wnieść odwołanie na wcześniejszym etapie postępowania. W wyroku 8 marca 2006 r. Sąd Apelacyjny w Poznaniu (sygn. akt: 1 ACa 1018/05), uwzględniając pogląd zawarty w wyroku Sądu Najwyższego z 17 sierpnia 1993 r. (sygn. akt III CRN 77/93) wywiódł, iż „Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”.

Wskazano, że zasady wnoszenia środków ochrony prawnej są wysoce sformalizowane, a przesłanki odrzucenia odwołania są przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Terminy przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter prekluzyjny (zawity) i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku, co ma zapewnić sprawny przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Upływ terminu powoduje utratę prawa. Orzeczenie Izby z 26 stycznia 2011 r. KIO 93/11 jest nieadekwatne od okoliczności sporu i tezy głoszonej przez odwołującego. Zostało bowiem wydane w sprawie odwołania wobec czynności zaproszenia od złożenia oferty wstępnej i zaniechania wykluczenia z postępowania z zachowaniem terminu na kwestionowanie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, okoliczność podania nieprawdziwych informacji pojawiła się w toku badania i oceny wniosku i została przez zamawiającego prawidłowo zweryfikowana. W przypadku stwierdzenia, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem i terminów określonych w ustawie, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Od powyższego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej skargę wniósł odwołujący się zaskarżając postanowienie w całości . Zaskarżonemu postanowieniu skarżący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 182 ust. 3 pkt. ustawy PZP, poprzez błędne przyjęcie, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie , mimo, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że odwołanie zostało wniesione w terminie;
- 2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydania postanowienia, mający wpływ na treść postanowienia, poprzez przyjęcie, że termin na wniesienie odwołania zaczął biec w dniu 20 sierpnia 2011 r., mimo, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że termin na wniesienie odwołania zaczął biec 13 grudnia 2011 r., kiedy to Skarżący dowiedział się o zaproszeniu COVEC do składania ofert.

W związku z powyższym skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych . Skarżący wniósł także o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w skardze :

- pisma skierowanego przez skarżącego do zamawiającego w dniu 10 sierpnia 2011 r., na okoliczność poinformowania zamawiającego przez skarżącego o podstawach do wykluczenia z postępowania przetargowego w dniu 10 sierpnia 2011 r. ;
- pisma zamawiającego z dnia 8 grudnia 2011 r., na okoliczność zezwolenia skarżącemu przejrzenia akt postępowania w dniu 13 grudnia 2011 r.;
- pisma potwierdzającego zapoznanie się z dokumentacją przetargową przez zamawiającego w dniu 13 grudnia 2011 r. (w aktach sprawy), na okoliczność rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia odwołania od zaniechania wykluczenia konsorcjum COVEC z postępowania, pomimo posiadania wiedzy o złożeniu przez to konsorcjum nieprawdziwych informacji w toku postępowania, od dnia 13 grudnia 2011 r. a nie jak ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza od dnia 20 sierpnia 2011 r. ;

pisma zamawiającego DB-2214-4/11 na okoliczność przekazania wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w dniu 20 sierpnia 2010 r. a nie jak ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 20 sierpnia 2011 r. ;

- faksu otrzymanego przez skarżącego od zamawiającego w dniu 20.08.2010 r. na okoliczność poinformowania skarżącego przez zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w dniu 20 sierpnia 2010 r. a nie jak ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 20 sierpnia 2011 r.

Skarżący jednocześnie wskazał , że wszystkie dowody przywołane powyżej znajdują się w aktach postępowania.

W uzasadnieniu skargi skarżący wskazał , że niniejszą skargę złożył w myśl art. 198 b § 1 ustawy Pzp do Sądu właściwego miejscowo dla siedziby zamawiającego. Przedmiotowa skarga została także wniesiona w terminie ustawowym . Według art. 195 ust. 2 ustawy Pzp skargę na orzeczenie KIO wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby. KIO doręczyło odpis postanowienia pełnomocnikowi

skarżącego w dniu 16 stycznia 2012 r. a niniejsza skarga została złożona Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych na piśmie w dniu 23 stycznia 2012 r. Skarżący wskazał nadto, że ma on interes prawny do wniesienia przedmiotowej skargi bowiem na podstawie czynności zamawiającego do składania ofert w postępowaniu został zaproszony podmiot, który bezwzględnie powinien zostać z niego wykluczony na podstawie przepisów ustawy Pzp. W tym sensie postępowanie już na tym etapie obarczone jest wadą prawną. Jeżeli w wyniku dalszych czynności przeprowadzonych w postępowaniu odwołującemu zostałoby udzielone zamówienie publiczne, ze względu na wspomnianą wadę, istniałoby duże ryzyko unieważnienia postępowania, co ewidentnie naruszyłoby interes skarżącego i prowadziłoby do powstania po jego stronie szkody. W związku z powyższym w interesie skarżącego jest dążenie do usunięcia przedmiotowej wady postępowania. Udział większej liczby wykonawców (uwzględniając tych, którzy powinni zostać wykluczeni) w dalszym etapie postępowania negatywnie wpłynie także na szansę uzyskania przez skarżącego zamówienia publicznego objętego postępowaniem, jak również na poziom cen (w tym marż) jakie możliwe będą do wynegocjowania za realizację przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odnoszące się do zaskarżonego rozstrzygnięcia KIO skarżący podniósł, że powziął wiedzę na temat okoliczności mających istotne znaczenie dla postępowania w zakresie w jakim dotyczy ono spełniania warunków udziału w tym postępowaniu przez konsorcjum COVEC, a następnie niezwłocznie poinformował on o tym zamawiającego pismem z dnia 10 sierpnia 2011 r. W piśmie tym wskazał, że pewne fazy wykonania projektów (w szczególności projektowanie oraz oddanie do eksploatacji) nie były realizowane przez konsorcjum COVEC, bowiem jako podmioty wykonujące te zadania zostały wskazane podmioty nie wchodzące w skład tego Konsorcjum. Następnie zamawiający nie dokonał żadnej czynności, o której poinformowałby skarżącego o podjęciu jakiegokolwiek czynności w związku z przesłanym pismem. Następnie w odpowiedzi na pismo skarżącego z wnioskiem o udostępnienie akt z dnia 8 grudnia 2011 r. zamawiający umożliwił skarżącemu dopiero w dniu 13 grudnia 2011 r., przeglądanie protokołu postępowania oraz oferty wstępne. Skarżący podczas przeglądania protokołu postępowania (dowód przejrzenia akt przez Skarżącego w dniu 13 grudnia 2011 r. znajduje się w aktach sprawy), uzyskał informację o zaproszeniu konsorcjum COVEC do składania ofert. Następnie skarżący, mając na uwadze, że wartość przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem jest wyższa od kwot wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich uznał, że na podstawie art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności zamawiającego wnosi się w terminie 10 dni, od dnia w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Na tej podstawie skarżący stwierdził, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 23 grudnia 2011 r. tj. 10 dni od chwili, w której powziął wiadomość, że zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia konsorcjum COVEC. Podstawą do takiego twierdzenia był fakt, że zamawiający po otrzymaniu pisma od skarżącego dopuścił konsorcjum COVEC do dalszego etapu postępowania. Jednak KIO w swoim orzeczeniu z dnia 5 stycznia 2012 r., stwierdziła, że skarżący winien wnieść odwołanie do dnia 30 sierpnia 2011 r. Jako podstawę wskazała czynność zamawiającego jakiej rzekomo dokonał 20 sierpnia 2011 r. tj. przekazania wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba powołała się przy tym na fakt przekazania takiej informacji, skarżącemu faksem też w dniu 20 sierpnia

2011 r. Na tej podstawie uznała, że dniem, w którym skarżący powziął wiadomość o podstawach odwołania jest dzień otrzymania przez odwołującego informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz stwierdziła, że bezsprzeczne okoliczności stanowiące faktyczną podstawę zarzutów odwołania były znane skarżącemu już na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe założenia według skarżącego Izba poczyniła na wskutek niedokładnego zapoznania się z dokumentacją postępowania. O czynności, do której odwołała się KIO w przedmiotowej sprawie, skarżący został poinformowany 20 sierpnia 2010 r. a nie jak twierdzi Izba w postanowieniu w dniu 20 sierpnia 2011 r. Okoliczność ta jest bezsprzeczna i wynika bezpośrednio, chociażby z pisma zamawiającego z dnia 30 grudnia 2011 r. (znak DB-2214-4/11) doręzonego Izbie w tym samym dniu, w którym informuje on, że „kwalifikacja podmiotowa wykonawców została zakończona w sierpniu 2010 r., o czym każdy z wykonawców został powiadomiony zgodnie z art. 57 ust. 1 PZP pocztą elektroniczną dnia 20 sierpnia 2010 roku”. Wskazano także, że dodatkowo data przekazania tej informacji wynika bezpośrednio z samej treści pisma KOZ-II/PG/224/10, w którym zamawiający poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału skarżącego. Wskazano nadto, że nawet jeśli Izba miała jakiegokolwiek wątpliwości co do daty przekazania takiej informacji skarżącemu to powinna zapoznać się protokołem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z protokołu tego bezpośrednio wynika chociażby fakt, że dnia 27 września 2010 r. Zamawiający zaprosił już zakwalifikowanych wykonawców do składania ofert wstępnych. Tak więc nie było możliwości aby rok później dokonał wstępnej kwalifikacji uczestników postępowania.

Uczestnicy postępowania w toku niniejszego postępowania wnieśli przede wszystkim o odrzucenie przedmiotowej skargi jako wniesionej przez podmiot, który nie ma legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej oraz o zasądzenie na ich rzecz kosztów procesu.

Skarżący oraz uczestnicy postępowania swoje stanowiska podtrzymali w toku przedmiotowego postępowania skargowego.

Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy rozpoznając przedmiotową skargę ustalił i zważył co następuje.

Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszym postępowaniu wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu został złożony przez podmioty tworzące wspólnie konsorcjum ubiegające się udzielenie zamówienia publicznego tworzone przez Alstom Power spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Alstom Power Systems GmbH w Mannheim (Niemcy) oraz PBG Spółkę Akcyjną w Wysogotowie (okoliczność ta nie była w ogóle sporna między uczestnikami postępowania). Podmioty tworzące to konsorcjum zostały też przez zamawiającego pismem z dnia 20 sierpnia 2010 r. poinformowane o wynikach oceny spełniania warunków udziału w tym postępowaniu. Przedmiotowe odwołanie odrzucone przez KIO podobnie zresztą jak sama skarga złożona do tutejszego Sądu została natomiast wniesiona przez konsorcjum w skład którego wchodzi Alstom Power spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Alstom Boiler Deutschland

GmbH w Mannheim (Niemcy), PBG Spółka Akcyjna w Wysogotowie. Jak nadto wynika z odpisu z rejestru handlowego Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim (Niemcy) znajdującego się w aktach niniejszego postępowania, spółka ALSTOM Power Systems GmbH z siedzibą w Mannheimie wyodrębniła ze swego majątku w drodze wydzielenia stosownie do umowy o podziale i przejęciu z dnia 24 listopada 2011 r. oraz uchwał zgromadzeń wspólników podmiotów prawnych uczestniczących w tej czynności z dnia 24 listopada 2011 r. prowadzoną przez nią z zakładu w Stuttgarcie działalność bojlerową na spółkę (przejmujący podmiot prawny). To, że wyodrębnienie to odnosiło się do spółki Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim (Niemcy), która w chwili obecnej tworzy konsorcjum występujące z przedmiotową skargą było zresztą okolicznością niesporną w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Ustawa ta przewiduje też, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (vide art. 23 ust. 1). W takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2). Do tych wykonawców stosuje się nadto w myśl zapisu z ust. 3 odpowiednio przepisy ustawy dotyczące wykonawcy. Uprawnienie zatem do ubiegania się wspólnie o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców wynika bezpośrednio z powyższego przepisu i w tym zakresie nie jest wymagane i niezbędne dokonanie jakiegokolwiek czynności przez zamawiającego, w szczególności nie jest wymagane, aby zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert wyraźnie dopuścić taką możliwość. Tradycyjnie sytuację wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne przyjęło się nazywać konsorcjum. Polskie prawo nie wyróżnia w Kodeksie cywilnym odrębnego typu umowy konsorcjum. Dopuszczalność zawierania tego typu kontraktów jest jednakże niepodważalna w świetle obowiązującej zasady swobody umów. Zgodnie z jej treścią strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353 ze zn. 1 k.c.). Konsorcjum nie jest nadto definiowane w polskim prawie. Jest to więc twór powołany w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. Konsorcjum nie musi posiadać oznaczonej struktury organizacyjnej (organów), nie musi też być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątków jego uczestników. Konsorcjum nie podlega też żadnemu obowiązkowi rejestrowemu, a jedynym dokumentem potwierdzającym fakt istnienia konsorcjum jest umowa podpisana przez uczestników konsorcjum (por. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 20 lutego 2007 r., IX CA 50/07, LEX nr 621228).

Jak wskazano powyżej na obowiązek traktowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia na równi z wykonawcami występującymi samodzielnie wskazuje przepis art. 23 ust. 3 powyższej ustawy . Do konsorcjum należy zatem stosować przepisy o wykonawcy, a więc również przepisy zapewniające równe traktowanie wykonawców, np. nieróżnicowanie warunków udziału w postępowaniu w zależności od statusu wykonawcy. Przepis art. 23 ust. 3 nadto oznacza nie tylko to, że łącznie występujący wykonawcy winni być traktowani jak wykonawca, ale również to, że każdy z takich wykonawców z osobna też winien być traktowany jak wykonawca. Taka konstrukcja przepisu i jego cel, którym jest ułatwienie uzyskiwania zamówień wykonawcom niebędącym w stanie ich uzyskać samodzielnie, sprawiają, że szczególnie dokładnie należy rozważyć, jakie prawa i obowiązki wykonawców przysługują konsorcjum tylko wtedy, gdy działa wspólnie, a jakie są przypisane każdemu z członków. W świetle orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa np. w art. 24. ustawy Pzp . Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, tj. dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Kumulacji co do zasady będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22 ust. 1 pkt 4). Należy się tu również opowiedzieć za brakiem obowiązku posiadania uprawnień ustawowych (art. 22 ust. 1 pkt 1) przez wszystkich członków konsorcjum. Wyjątek będzie jednak stanowić sytuacja, w której wszystkie aspekty objęte zamówieniem wymagają posiadania uprawnień, gdyż wówczas konsorcjant, który ich nie posiada, nie mógłby w ogóle uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Łącznym uprawnieniem konsorcjantów jest również korzystanie ze środków ochrony prawnej. Zarówno orzecznictwo Zespołu Arbitrów (np. postanowienie z dnia 30 czerwca 2005 r., UZP/ZO/O-1579/05), jak i wyroki ETS (np. wyrok z dnia 8 września 2005 r., C-129/04, Espace Trianon SA Espace Trianon SA i Societe wallonne de location-fmancement SA (Sofibail) v. Office communautaire et regional de la formation professionnelle et de lemploi (FOREM), ECR 2005, nr 8-9A, poz. 1-07805) wskazują na niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeśli taka była wola ustawodawcy krajowego (a tak jest zgodnie z polskimi przepisami).

Warto tu także wskazać, że przyjmuje się, że w trybach przetargu - negocjacji z ogłoszeniem gdy powstanie problem ewentualnych zmian w składzie konsorcjum na poszczególnych etapach postępowania, zmiany takie należy uznać za niedopuszczalne ze względu na to, że na pierwszym etapie tego postępowania, zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i na tej podstawie kwalifikuje wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu (por. Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, LEX). Stanowisko to w pełni podziela Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym przedmiotową skargę i przyjmuje je za własne. Możliwość dokonywania takich zmian wykluczają zresztą także inni komentatorzy, którzy także przyjmują, że w postępowaniach wieloetapowych nie są możliwe zmiany w składzie konsorcjum po zakwalifikowaniu go do dalszego etapu (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, teza 7 do art. 23,). Wyklucza się zatem generalnie dopuszczenie takich zmian polegających na tym, że w konsorcjum następują przekształcenia podmiotowe polegające między innymi na wystąpieniu z konsorcjum jednego podmiotu i wstąpieniu w jego miejsce innego podmiotu i to bez względu na źródło powstania i przyczyny powstania takich przekształceń. Za przyjęciem takiego stanowiska

przemawia bowiem to ,że to właśnie określony skład danego konsorcjum przesądził o tym ,że zostało ono ostatecznie przez zamawiającego zakwalifikowane do dalszego etapu postępowania przetargowego .Inny skład konsorcjum mógłby natomiast przesądzić o zupełnie innej decyzji w tym zakresie zamawiającego . Przyjmuje się także ,że przekształcenia podmiotowe w konsorcjum w takim przypadku winny by były prowadzić do kolejnego badania przez zamawiającego spełniania przez konsorcjum w nowym już składzie warunków udziału w postępowaniu przetargowym , a to by opóźniało całą procedurę tego postępowania . Przyjmuje się również ,że aprobowanie przez zamawiającego takich zmian po stronie oferenta może być oceniane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji .

W przedmiotowym przypadku jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszym postępowaniu , w tym postępowaniu toczącym się przed KIO wśród wykonawców , którzy ubiegali się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego mieliśmy do czynienia zarówno z pojedynczymi wykonawcami , którzy zgłosili swój udział w przedmiotowym postępowaniu jak też grupami wykonawców , którzy tworzyli konsorcja . Jak wskazano powyżej materiał ten wskazuje także (vide pismo zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2010 r.), że jedynym z takich konsorcjów , które złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu było konsorcjum tworzone wspólnie przez następujące podmioty : Alstom Power spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Alstom Power Systems GmbH w Mannheim (Niemcy), PBG Spółkę Akcyjną w Wysogotowie . Powyższe konsorcjum jak wynika z treści pisma z dnia 20 sierpnia 2010 r. było też przez zamawiającego ocenione jako spełniające warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu było zatem uczestnikiem przedmiotowego postępowania przetargowego na powyższym jego etapie , na którym dokonywana była ocena . Oceny takiej zamawiający nie dokonywał natomiast w stosunku do skarżącego , gdyż nie był on wówczas uczestnikiem tego postępowania przetargowego . Na marginesie należy tylko wskazać ,że taka ocena jak wynika z materiału dowodowego w ogóle nie była dokonywana przez zamawiającego w stosunku do tego właśnie podmiotu .

Jak wynika z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Powyższy przepis określa zatem krąg podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego . Uprawnienie do zaskarżania czynności i bezprawnych zaniechań zamawiającego przypisano przede wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie danego zamówienia. Wyznaczenie tej grupy podmiotów legitymowanych winno być jednakże oceniane z uwzględnieniem ograniczeń w zakresie przekształceń podmiotowych po stronie

wykonawców o których była mowa powyżej .

Przedmiotowa skarga podobnie zresztą jak samo odwołanie została wniesiona przez inne podmioty niż te wchodzące w skład powyższego konsorcjum . Składy tych konsorcjów nie były tożsame co wynika z braku uznania tożsamości spółki ALSTOM Power Systems GmbH z siedzibą w Mannheim i spółki Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim . Nie były to bowiem w żadnym przypadku spółki tożsame . Do pierwszej z tych spółek jak

wskazano powyżej została jedynie wyodrębniona ze spółki drugiej część z przedmiotu jej działalności i tylko i wyłącznie w zakresie związanym z tym wyodrębnieniem jest ona następcą prawnym spółki z której działalność ta została wydzielona . Nie powoduje to jednak ,że te dwie spółki można uznać dalej za tę samą osobę prawną , która jedynie zmieniła nazwę ,zakres działania , itd. Tak więc jak nie są ,ze sobą tożsame te podmioty - te spółki - nie są ze sobą również tożsame konsorcja utworzone z udziałem tych podmiotów tj. występujące z przedmiotową skargą oraz podlegające ocenie zamawiającego w postępowaniu w zakresie spełniania warunków udziału w tym postępowaniu . Na marginesie należy także wskazać ,że w niniejszym postępowaniu nie wykazano ,że w ogóle uległa zmianie umowa przedmiotowego konsorcjum albo też że skarżący działa na podstawie nowej umowy .

Jak wynika nadto z uzasadnienia skargi w niniejszym przypadku istnienie interesu prawnego oraz poniesienia szkody , a więc istnienia po stronie skarżącego legitymacji czynnej do wystąpienia ze skargą sam skarżący upatrywał w fakcie bycia wykonawcą , a nie innym podmiotem , o którym stanowi powyższy przepis . Tym innym podmiotem mogą być bowiem osoby inne niż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia (względnie uczestnicy konkursu), których uprawnienie do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mające źródło w normie prawnej, zostaje bezpodstawnie ograniczone przez zamawiającego. Innymi osobami w rozumieniu tego przepisu będą też potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. W niniejszym przypadku taka sytuacja nie ma jednakże miejsca .

Warto tu także wskazać ,że w judykaturze powszechnie przyjmuje się ,że konsorcjum nie posiada podmiotowości prawnej, a tym samym nie posiada zdolności sądowej. Stroną w znaczeniu procesowym są więc zawsze wszystkie podmioty wchodzące w skład konsorcjum (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r., III CZP 25/10 , LEX nr 602808).

Przesłaną formalną , czyli okolicznością , której istnienie lub nieistnienie decyduje o możliwości rozpoznania w określonym postępowaniu danej sprawy będzie zatem przede wszystkim legitymacja do wniesienia danego środka ochrony prawnej nie tylko i wyłącznie dochowanie terminów do jego wniesienia na czym skupiła się tylko KIO . Brak przesłanki formalnej odnoszącej się do legitymacji czynnej również uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie środka odwoławczego i skutkuje jego odrzuceniem (por. Jarosław Jerzykowski , Komentarz do art. 179 ustawy - Prawo zamówień publicznych , LEX) .W niniejszym przypadku skarżący nie wykazał istnienia legitymacji czynnej do wniesienia przedmiotowej skargi .

Sąd Okręgowy nie podważał następstwa prawnego spółki Alstom Boiler Deutschland GmbH w Mannheim (Niemcy), ani też skuteczności jego dokonania . Zakres tego następstwa prawnego do którego odnosiło się pismo skarżącego złożone w toku postępowania wywołanego wniesieniem skargi oraz załączone dowody nie był już jednak przedmiotem badania ze strony tutejszego Sądu . Obowiązujące przepisy nie przewidują bowiem jak wskazano to już wyżej

w żadnym zakresie , w toku toczącego się już postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego takiego jak przedmiotowe żadnych przekształceń podmiotowych po stronie podmiotu , który się ubiega o udzielenie zamówienia - wykonawcy i to niezależnie czy jest to osoba fizyczna czy prawna czy też konsorcjum . Wola podmiotów uczestniczących w tym postępowaniu w tym w szczególności podmiotów tworzących konsorcjum , które wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego takiego stanu rzeczy zmienić nie może , w tym w szczególności nie może ona prowadzić do zmian podmiotowych i prowadzić tym samym do obejścia przepisów takie zmiany wykluczających . Bezsporne w niniejszym postępowaniu było ,że wniosek o dopuszczenie do przedmiotowego postępowania przetargowego został pierwotnie złożony nie przez uczestnika postępowania jakim jest konsorcjum , które wniosło tak odwołanie a następnie przedmiotową skargę , ale jak wskazano powyżej konsorcjum tworzone przez inne osoby prawne , a więc przez podmiot, który w tym postępowaniu przetargowym uczestniczył od samego początku a , który został dopiero zmieniony , na kolejnym etapie postępowania przetargowego .Warto w tym miejscu również wskazać ,że uczestnicy konsorcjum mając świadomość swojego udziału w postępowaniu przetargowym powinni mieć także świadomość konsekwencji do jakich prowadzić mogą takie zmiany jak zmiana przedmiotowa . Wini się oni także liczyć z tym ,że gdy już na takie zmiany się zdecydują w toku toczącego się postępowania przetargowego z ich udziałem to zmiany te zrodzą także określone konsekwencje prawne związane z udziałem takiego podmiotu w dalszej części postępowania przetargowego oraz wpłyną na możliwość korzystania przez taki podmiot ze środków ochrony prawnej .

Wprawdzie stosownie do przepisu art. 198e ust. 1 ustawy Pzp sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie jednakże przedmiotowa skarga zarządzeniem Przewodniczącego Wydziału została skierowana do rozpoznania na posiedzeniu jawnym .

Stosownie natomiast do zapisu z art. 198 f ust. 2 tej ustawy sąd oddala skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie. Strony ponoszą nadto koszty postępowania stosownie do jego wyniku, a określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania (ust. 5).

Mając powyższe na względzie w tym zaś także przepis art. 373 kpc przedmiotową skargę odrzucono jako wniesioną przez podmiot nieuprawniony , któremu nie przysługuje legitymacja czynna do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przez powołaną powyżej ustawę .

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wywołanego wniesieniem przedmiotowej skargi uzasadnia przepis art. 198 f ust. 5 ustawy Pzp , stosownie do którego strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku , a określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. O kosztach postępowania wywołanych wniesioną skargą orzeczono zatem na podstawie

powyższego przepisu mając na względzie wynik postępowania oraz przepis art. 108 kpc.