

•j

WYROK

ODPIS

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 stycznia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Krzysztof Górski (spr.)

Sędziowie: SO Małgorzata Gawinek

SO Tomasz Żelazowski

Protokolant: apl. rade. Agata Marcinkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 23 stycznia 2009 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy ze skargi Towarzystwa Budownictwa Społecznego "Prawobrzeże" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie

przy udziale Budchem Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Policach i „Cesar” Andrzej Cebula, Jerzy Starski Spółki Jawnej z siedzibą w Bezzeczu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 25 listopada 2008 r. sygnatura akt KIO/UZP 1256/08

I. oddała skargę;

II. zasądza od skarżącego Towarzystwa Budownictwa Społecznego

"Prawobrzeże" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie na rzecz Budchem Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Policach i „Cesar” Andrzej Cebula, Jerzy Starski Spółki Jawnej z siedzibą w Bezzeczu kwotę 600 zł (sześciuset złotych) tytułem kosztów procesu.

SSO Małgorzata Gawinek

Na oryginale aśclwe podpisy

Za z \dnc?ść

Uzasadnienie

Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Prawobrzeże” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa zespołu „B” zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Kusocińskiego-Głowackiego-Sowińskiego w Szczecinie. Postępowanie to zostało rozpoczęte na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 lipca 2008 r. nr 1 poz. 168216. W postępowaniu przetargowym oferty złożyły Konsorcjum w składzie „Budchem” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Policach oraz „Cestar” spółka jawna w Szczecinie reprezentowane przez spółkę „Budchem”, także Przedsiębiorstwo Budowlane „Calbud” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie.

Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez spółkę „Calbud” jako najkorzystniejszą, odrzucił natomiast ofertę oraz wykluczył z postępowania wykonawców „Konsorcjum Budchem-Cestar”, o czym poinformował wszystkich wykonawców pismem z dnia 9 października 2008r.

W dniu 16 października 2008 r. wykonawcy „Konsorcjum Budchem-Cestar” złożyli protest na wykluczenie z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty, zaniechanie wezwania wykonawców tego Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów oraz poprawienia błędów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655) oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy P.B. „Calbud”. Protestujący zarzucając naruszenie powyższymi czynnościami art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 98 ust. 1 pkt 2 i 8 prawa zamówień publicznych domagał się unieważnienia czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu go z udziału w przetargu i odrzuceniu jego oferty, a nadto unieważnienia wyboru oferty P.B. „Calbud”, wezwania protestującego do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących Moniki Urban i Waldemara Brodzika i przeprowadzenia przez zamawiającego ponownej weryfikacji ofert i dokonania wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 22 października 2008 r. zamawiający oddalił protest jako bezzasadny. W dniu 27 października 2008 r. wykonawcy „Konsorcjum Budchem-Cestar” złożyli za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od rozstrzygnięcia protestu.

Wyrokiem z dnia 25 listopada 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, po przeprowadzeniu postępowania przy udziale „Calbud”, uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego. Nadto Krajowa Izba Odwoławcza obciążyła zamawiającego kosztami postępowania, w tym nakazała wypłatę na rzecz odwołującego kwoty 9106 zł tytułem poniesionych przez niego kosztów tj. wpisu od odwołania, dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu tego orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż zamawiający błędnie uznał, iż wobec braku ujawnienia w załączonym do oferty odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego według stanu na dzień 28 lipca 2008 r. jako członków zarządu spółki „budchem” osób, które podpisały ofertę - tj. Moniki Urban i Waldemara Brodzika - oferta ta została podpisana przez osoby nieuprawnione. Stwierdziła przy tym, iż zamawiający nie wziął pod uwagę treści uchwał załączonych przez spółkę „Budchem”, a także wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców, a dotyczących tej spółki. W świetle tych dokumentów wyrażoną ocenę

o braku umocowania do podpisania oferty uznać należy - zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej - za błędną, a decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniu jego oferty za bezpodstawną. Wedle Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie dopełnił określonego w art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych obowiązku wezwania odwołującego do złożenia brakujących dokumentów w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących Moniki Urban i Waldemara Brodzik pełniących w dniu złożenia przez odwołującego oferty funkcje wiceprezesów zarządu spółki „Budchem”, w związku z czym brak było przesłanki uzasadniającej odrzucenie oferty. Przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego zamawiający naruszył zaś - zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej - określoną w art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych zasadę nakazującą przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Powyższy wyrok zaskarżył zamawiający zarzucając mu;

- 1) naruszenie przepisów art. 187 ust. 4 pkt 3 prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony oraz art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 prawa zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż nie występowała okoliczność skutkująca odrzuceniem oferty przeciwnika skargi i uznanie, że skarżący winien był wezwać przeciwnika skargi do uzupełnienia brakującego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu przetargowym,
- 2) sprzeczność istotnych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zebranego w sprawie materiału przez przyjęcie, że w ofercie złożonej przez przeciwnika skargi znajdowały się uchwały zgromadzenia wspólników o powołaniu w skład zarządu „budchen” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Moniki Urban i Waldemara Brodzika,
- 3) naruszenie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na bezzasadnym przyznaniu przeciwnikowi skargi kosztów udziału jego pełnomocnika w wysokości 5.042 zł.

Stawiając przytoczone wyżej zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz odrzucenie odwołania, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania, a nadto zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Skarżący podniósł, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zgłoszonego przez niego na posiedzeniu w dniu 21 listopada 2008 r. wniosku o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony mimo, że pełnomocnictwo przedłożone przez spółkę „Budchem” przy zgłoszeniu protestu i wniesieniu odwołania było nieprecyzyjne. Zdaniem skarżącego treść tego pełnomocnictwa wskazuje, iż spółka „Budchem” umocowania jest do działania tylko w imieniu spółki „Cestar”, a nie w imieniu „Konsorcjum Budchem-Cestar”, a ponadto zawiera ono jedynie uprawnienie do składania protestów i odwołań, przez które - zdaniem skarżącego - należy rozumieć wyłącznie dokonanie czynności polegających na przekazaniu gotowego i podpisanego protestu lub odwołania do właściwego podmiotu, nie obejmuje już natomiast sporządzania i podpisywania takich środków ochrony prawnej. Skarżący podniósł, iż w świetle treści dokumentu pełnomocnictwa intencją mandanta było, aby spółka „Budchem” mogła jedynie przekazać gotowy lub podpisany protest do właściwego adresata takiego pisma. Zdaniem skarżącego pełnomocnictwo nie zostało również udzielone w odpowiedniej formie, gdyż w związku z tym, iż podmiotem udzielającym pełnomocnictwa było konsorcjum, a upoważnienie do podejmowania środków ochrony prawnej w postępowaniu przetargowym jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu, wymagane jest łączne udzielenie go przez konsorcjantów (wspólników) np. w formie uchwały wspólników.

Odnosząc się do zarzutu sprzeczności poczynionych ustaleń z treścią zgromadzonego w sprawie materiału skarżący podniósł, iż Krajowa Izba Odwoławcza błędnie przyjęła, iż uchwały o powołaniu do zarządu spółki „Budchem” Moniki Urban i Waldemara Brodzika zostały złożone wraz z ofertą, podczas gdy dokumenty te zostały przedłożone jedynie do protestu złożonego

przez wskazaną spółkę w dniu 28 lipca 2008 r., zaś na etapie składania oferty skarżący otrzymał wyłącznie formularze aktualizacyjne składane w KRS, a tym samym związany był domniemaniem wynikającym z art. 17 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym. Skarżący zaznaczył, iż dokumenty aktualizacyjne przewidziane do dokonywania wpisu zmian w rejestrze przedsiębiorców nie poświadczają zmiany w składzie zarządu, a jedynym miarodajnym dokumentem w tym względzie jest uchwała zgromadzenia wspólników, przy czym i ta nie może być składana dopiero na etapie zgłaszania protestu lub wnoszenia odwołania, gdyż prowadziłoby to do obejścia, a nawet naruszenia prawa zamówień publicznych.

Skarżący zarzucił orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej, iż w swoim rozstrzygnięciu odniosła się ona wyłącznie do jednej z przesłanek, dla których skarżący zaniechał wezwania przeciwnika do uzupełnienia skargi do uzupełnienia dokumentów tj. braku aktualnego zaświadczenia Moniki Urban i Waldemara Brodzika z Krajowego Rejestru Karnego, pomijając przy tym, iż przyczyną tego stanu rzeczy była nadto niezgodność oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w konsekwencji błędnie przyjęła zastosowanie przepisu art. 26 ust 3 prawa zamówień publicznych.

W ocenie skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza bezzasadnie przyznała nadto przeciwnikowi skargi koszty udziału jego pełnomocnika mimo, że nie przedłożył on żadnych rachunków na poparcie złożonego spisu kosztów, co stanowi bezwzględny wymóg ich przyznania.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga okazała się bezzasadna.

Zgodnie z treścią art. 194 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Skarga ta jest przewidzianym w ustawie środkiem odwoławczym wprowadzonym do polskiego systemu prawnego w następstwie wynikających z prawa unijnego zaleceń wprowadzenia efektywnego systemu procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych.

W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 4 ustawy - prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej (art. 194 ust. 2 cytowanej ustawy). Celem skargi jest ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu. W postępowaniu tym, w zakresie skarg dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych po dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej - ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 11 maja 2007 r.) - tj. po dniu 12 października 2007 r. - jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, Sąd nie może orzekać w przedmiocie zarzutów, które nie były przedmiotem protestu (art. 198 ust. 4 wskazanej ustawy).

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutu skarżącego dotyczącego braku umocowania do złożenia odwołania. Zarzut ten, jakkolwiek odnosi się do reprezentacji procesowej dotyka niejako w swym zakresie również stosunku wewnętrznego, stanowiącego podstawę do udzielenia pełnomocnictwa procesowego. W dokumencie pełnomocnictwa z dnia 14 października 2008 r. (k.10) wskazano bowiem, iż spółka „Cestar” jako partner Konsorcjum utworzonego dla opracowania i złożenia oferty przetargowej opierając się na postanowieniach §2 pkt. 4 Umowy Konsorcjum wyznaczyła spółkę „Budchem” na Partnera Wiodącego (Lidera) Konsorcjum i udzieliła mu pełnomocnictwa m.in. do składania środków ochrony prawnej, w tym protestów odwołań oraz skarg, oświadczeń i wyjaśnień w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 4).

Jak trafnie dostrzeżono w nauce prawa i orzecznictwie, konsorcjum jest stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową (nienazwaną), w wyniku której powstaje stosunek prawny, w którym każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się tym samym do wspólnego działania.

Struktura prawna konsorcjum może być skonstruowana w ten sposób, że wykonywanie wszelkich czynności jednostkowych związanych nie tylko z reprezentacją konsorcjum w sferze stosunków zewnętrznych, ale także łączących się z prowadzeniem jego spraw, koncentruje się w rękach jednego uczestnika, tzw. lidera, który w stosunkach zewnętrznych nawiązywanych przez konsorcjum z osobami trzecimi działa na rzecz konsorcjum jako takiego, zewnętrznym zaś stosunków prawnych nie nawiązuje bezpośrednio poszczególni uczestnicy konsorcjum (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 lutego 2004 r. sygn. I ACa 885/03, Lex nr 193710). Podmiot wiodący w konsorcjum (lider) zasadniczo działa zatem na rzecz wszystkich konsorcjantów i nie wymaga dla swoich działań odrębnego pełnomocnictwa do składania oświadczeń woli w imieniu Konsorcjum.

Odmienne przedstawia się jednak kwestia reprezentacji procesowej konsorcjantów. Jak wynika bowiem z powyższych uwag, konsorcjum nie jest osobą prawną, ale stosunkiem obligacyjnym. W postępowaniu przed sądem występują oni zatem jako odrębne podmioty (podobnie jak wspólnicy spółki cywilnej), nie zaś jako jednostka organizacyjna utworzona z ich połączenia. Udział wymienionych podmiotów w tym postępowaniu może natomiast przybrać postać współuczestnictwa procesowego (art. 72 § 1 i nast. kpc). Współuczestnictwo to, w przypadku wspólności praw konsorcjantów i obowiązków opartych na tej samej podstawie faktycznej i prawnej może mieć charakter współuczestnictwa materialnego. Tak właśnie należy ocenić współuczestnictwo spółki „Cestar” oraz spółki „Budchem”, których konsorcjum związane zostało dla celów postępowania przetargowego wywołanego ogłoszeniem zamawiającego i które w postępowaniu odwoławczym domaga się ochrony swoich interesów jako wykonawcy.

Zgodnie z treścią art. 87 § 1 kpc współuczestnik sporu może występować w postępowaniu na rzecz innego współuczestnika jako pełnomocnik (tzn. jest podmiotem, który w świetle przywołanego przepisu może być pełnomocnikiem), a do skutecznego działania w procesie za innego pełnomocnika wymaga jedynie udzielenia pełnomocnictwa procesowego. Takie też umocowanie zostało w niniejszym postępowaniu przez spółkę „Budchem” złożone, co poświadcza dokument pełnomocnictwa z dnia 14 października 2008 r. (dokument ten zawiera również regulacje wskazujące na pełnomocnictwo materialne tych podmiotów). Podmiotem udzielającym pełnomocnictwa w świetle wskazanego dokumentu jest spółka „Cestar”, a podmiotem który uprawniony został do działania w jej imieniu - spółka „Budchem”. Jeden z

współuczestników sporu (spółka „Cestar”) udzielił zatem pełnomocnictwa do działania w jego imieniu innemu współuczestnikowi (spółce „Budchem”), z którym zawiązał Konsorcjum. Oczywiście jest natomiast, iż drugi z wymienionych współuczestników jako samodzielny podmiot prawa (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) dla działania we własnym imieniu nie potrzebuje jakiegokolwiek pełnomocnictwa, a jedynie w myśl art. 67 § 1 kpc dokonuje czynności przez swoje organy.

W świetle powyższego zarzut, że pełnomocnictwo procesowe z dnia 14 października 2008 r. udzielone zostało wyłącznie przez spółkę „Cestar”, nie zaś przez „Konsorcjum Budchem-Cestar” okazał się zatem chybiony.

Jako całkowicie bezzasadny jawi się również zarzut skarżącego wskazujący, iż zakres opisanego pełnomocnictwa nie obejmuje zaskarżenia wydanych w postępowaniu przetargowym orzeczeń, a upoważnia jedynie do przekazania gotowego i podpisanego dokumentu zawierającego środek odwoławczy (zaskarżenia). Wywód w tym zakresie skarżący oparł na fikcie, iż dokument pełnomocnictwa odmiennie określa zakres czynności dotyczących oferty („przygotowanie, podpisanie i złożenie oferty”), odmiennie zaś czynności dotyczących środków ochrony prawnej („składanie środków ochrony prawnej”). W ocenie Sądu skarżący przywiązuje

jednak nadmierną uwagę do określeń wskazanych czynności i w konsekwencji dokonuje błędnej interpretacji zapisów dokumentu pełnomocnictwa.

Należy już wstępnie zauważyć, iż ustawodawca wielokrotnie używa w przepisach prawa na określenie czynności związanych z dokonaniem czynności prawnych zwrotu „złożenie”, który w nauce języka i pisowni polskiej utożsamia się z pojęciem „składania”. Nie budzi zaś żadnej wątpliwości zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie, iż określenie „złożenia oświadczenia woli” nie ogranicza się jedynie do fizycznego przekazania dokumentu zawierającego oświadczenie woli, ale oznacza czynność polegającą na uzewnętrznieniu woli w celu wywołania określonych skutków prawnych. Zarówno „złożenie” jak i „składanie” oświadczeń woli nie polega wyłącznie na ich przesyłaniu, które przecież ustawodawca wyraźnie rozróżnia (por. np. art. 85 kc). Do przeniesienia lub przesyłania oświadczeń woli nie jest wymagane jakiejkolwiek pełnomocnictwo (czynności te zazwyczaj powierza się posłańcom, przewoźnikom) zatem ograniczenie przez mandanta pełnomocnictwa do przekazywania „gotowych i podpisanych” środków zaskarżenia byłoby całkowicie nieracjonalne i niezgodne z zasadami wykładni oświadczeń woli (art. 65 kc), którymi należy się kierować również przy składaniu oświadczeń mocodawcy (por. art. 96 kc).

Nie można zgodzić się przy tym z twierdzeniem skarżącego, iż wskazane pełnomocnictwo nie zostało udzielone we właściwej formie. Domagając się odrzucenia odwołania skarżący podnosi jego wadliwość formalną przez - jak wskazano - brak należytego reprezentowania w procesie. Pełnomocnictwo procesowe powinno być złożone na piśmie (w toku postępowania sądowego może być również złożone do protokołu). Ustawodawca nie wymaga jednak - w odróżnieniu od pełnomocnictwa materialnego - formy szczególnej dla pełnomocnictwa procesowego z uwagi na zakres podejmowanych czynności. Z tych względów dokonywanie oceny udziału w postępowaniu przetargowym w kontekście czynności zwykłego zarządu lub też przekraczających zakres zwykłego zarządu wydaje się być oparte na nieporozumieniu.

Reasumując tą część rozważań należy stwierdzić, iż zarzut naruszenia art. 187 ust. 4 pkt 3 prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia odwołania wykonawców „Konsorcjum Budchem-Cestar” jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony okazał się niezasadny.

Przechodząc do oceny zasadności pozostałych zarzutów skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej należy zaznaczyć, iż przyczyną, dla której organ ten uwzględnił odwołanie wykonawców „Konsorcjum „Budchem-Cestar” i nakazał unieważnienie dokonanej czynności wyboru oferty spółki „Calbud” oraz ponowne badanie ofert było stwierdzenie, że zamawiający (obecnie skarżący) bezpodstawnie zaniechał wezwania wykonawcy (wówczas odwołującego) do uzupełnienia braków oferty w trybie art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż skarżący błędnie zarzuca orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej sprzeczność ustaleń faktycznych ze zgromadzonym materiałem. Mylnie przypisuje bowiem temu organowi, iż w pisemnych motywach swojego rozstrzygnięcia - ściślej na jego stronie 16 - przyjął, iż uchwały o powołaniu członków zarządu Moniki Urban i Waldemara Brodzika były złożone już na etapie składania oferty. Taka konstatacja nie wynika z przywołanego fragmentu uzasadnienia. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała jedynie, iż spółka „Budchem” załączyła uchwały o powołaniu wskazanych osób (zmianie zarządu spółki) do wniesionego w dniu 28 lipca 2008 protestu. W akapicie 4 na stronie 16 stwierdziła natomiast, iż mimo nieujawnienia w załączonym do oferty odpisie z KRS według stanu na dzień 28 lipca 2008 r. Moniki Urban i Waldemara Brodzika jako członków zarządu zamawiający błędnie uznał, że oferta podpisana została przez osoby nieuprawnione. Do takiego wniosku wskazany wyżej organ doszedł na podstawie kserokopii uchwał o powołaniu członków zarządu (dołączonych do protestu) oraz zgłoszeń aktualizacyjnych do KRS (dołączonych do oferty), a zatem dokumentów, których treści skarżący nie kwestionuje (odmiennie ocenia jedynie ich doniosłość dla wykazania określonych faktów) i które bezspornie znajdują się w zgromadzonym materiale. Zatem z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia wywodzić można jedynie tyle, że mimo niedołączenia uchwał do oferty skarżący posiadał w dniu 28 lipca 2008 dokumenty potwierdzające umocowanie osób podpisujących ofertę do występowania w imieniu spółki Budchem.

Skarżący natomiast podstawy do odrzucenia oferty bez wzywania do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 upatruje w tym, że oferta wobec niedołączenia do niej dokumentu wykazującego umocowanie osób ją podpisujących do działania w imieniu Budchem Sp. z o.o. była sprzeczna z SIWZ. Według skarżącego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) PZP wobec sprzeczności jej treści z SIWZ (braku udokumentowania umocowania osób ją podpisujących do składania oświadczeń w imieniu wykonawcy) bez konieczności wzywania na podstawie art. 26 ust 3 zaświadczeń z KRK.

Argumentacji tej nie można podzielić. W niniejszej sprawie zastosowanie znajdują przepisy ustawy w brzmieniu przed 24.10.2008 (art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008, o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw- Dz. U. nr 171 poz. 1058). Zgodnie z regulacją art. 25 ust 1 PZP obowiązującą w niniejszej sprawie zamawiający miał prawo żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W dalszej części przepis ten stanowi, że zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

Jednoznaczna w swojej treści dyrektywa tego przepisu musi być brana pod uwagę przy wykładni normy art. 26 ust. 3 PZP. Zgodnie z tym przepisem w brzmieniu obowiązującym przed 24 października 2008, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jednocześnie brzmienie przepisu art. 25 ust. 1 PZP musi też rzutować na wykładnię treści art. 89 ust 1 pkt. 2) PZP w myśl którego zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść nie odpowiada SIWZ.

W ocenie Sądu odwoławczego treść tego przepisu w konfrontacji z treścią art. 25 ust 1 i 26 ust 3 w brzmieniu znajdującym zastosowanie w niniejszej sprawie, nakazuje uznać, że przyczynę odrzucenia oferty na tej podstawie prawnej mogły stanowić jedynie niezgodności merytoryczne między treścią oferty a SIWZ. Takie wnioski wynikają z literalnego brzmienia tego przepisu. W ocenie Sądu rozpoznającego niniejszą sprawę na tle regulacji PZP znajdującej zastosowanie w niniejszej sprawie nie jest już trafne stanowisko wyrażane we wcześniejszym orzecznictwie co do tego, że norma art. 89 ust 1 pkt. 2) obejmować powinna swoim zakresem każdą niezgodność między ofertą i dokumentacją do niej dołączoną a treścią SIWZ

Jako niezgodność treści oferty z SIWZ nie mogły być zwłaszcza poczytane braki dotyczące dokumentów, których dołączenie było wymogiem określonym w SIWZ. Skoro bowiem zamawiający mógł żądać w SIWZ od wykonawców złożenia jedynie takich dokumentów, o jakich mowa w art. 25 ust 1, a brak tych dokumentów (lub ich wadliwość) musiał być usuwany w trybie art. 26 ust. 3 PZP, to nie można uznać, by dopuszczalnym było odrzucanie oferty bez wyczerpania trybu z art. 26 ust 3 na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2) SIWZ. W ocenie Sądu Okręgowego taka wykładnia prowadzi w istocie do obejścia normy art. 26 ust 3 PZP, która jest normą bezwzględnie obowiązującą.

Jeśli więc zamawiający uznawał, że dołączenie do oferty dokumentów dotyczących umocowania osób ją podpisujących do działania w imieniu spółki Budchem stanowi dokument niezbędny dla przeprowadzenia postępowania przetargowego w rozumieniu art. 25 ust 1 PZP, to zgodnie z art. 26 ust 3 PZP miał obowiązek wezwania do jego złożenia (jeśli przyjął, że posiadane dokumenty w związku z wcześniejszym protestem oraz dołączone do oferty wnioski rejestrowe nie stanowią w świetle art. 25 ust. 1 PZP wystarczających podstaw do prawidłowego przeprowadzenia przetargu).

Nie zmienia tej konstatacji brak wymienia dokumentów stwierdzających umocowanie

osób podpisujących ofertę w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 poz. 605). Nie można bowiem przyjąć, że rozporządzenie to wymienia w sposób wyczerpujący wszystkie dokumenty objęte hipotezą normy art. 25 ust. 1 PZP. Takie przyjęcie powodowałoby bowiem, że zamawiający w istocie nie mógłby w ogóle żądać od wykonawców wykazania umocowania osób podpisujących ofertę (gdyż nie mógłby żądać od nich innych dokumentów niż wymienione w rozporządzeniu) nawet wówczas, gdyby takie dokumenty były konieczne do przeprowadzenia postępowania przetargowego w rozumieniu normy art. 25 ust. 1 PZP. Zatem wykładnia taka sprzeciwia się celowi normy art. 25 ust. 1 PZP i nie może być zaakceptowana. Przyjąć więc należy, że przepisy rozporządzenia zawierają wymienienie jedynie tych dokumentów, które należą do kategorii określonych w art. 25 ust. 1 zdanie drugie pkt. 1) i 2) i nie obejmują wszystkich dokumentów, o jakich mowa w art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze PZP.

W rezultacie przyjąć należy, że w przypadku, gdy zamawiający żąda w SIWZ dołączenia do oferty dokumentów nie objętych wprost wyliczeniem zawartym w powołanym wyżej rozporządzeniu, to prawo do takiego żądania musi mieścić się w celu oznaczonym art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze PZP. Jeśli żądanie jest uzasadnione w świetle tego przepisu, to brak takiego dokumentu lub jego wadliwość muszą być usuwane w trybie art. 26 ust. 3 PZP i nie mogą stanowić o sprzeczności treści oferty z SIWZ.

Trafne jest wyrażane w sprawie stanowisko, że w braku aktualnego wpisu osób uprawnionych do reprezentacji spółki Budchem do rejestru przedsiębiorców osoby składające

ofertę mogłyby wykazać swoje umocowanie na podstawie innych dokumentów (a więc jak w niniejszej sprawie - uchwał organów spółki dołączonych do protestów wykonawcy).

Bezasadne przyjęcie przez zamawiającego (obecnie skarżącego), że złożona przez konsorcjum wykonawców „Budchem-Cestar” oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z SIWZ - jak wynika z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu wykonawców „konsorcjum Budchem-Cestar” z udziału w postępowaniu przetargowym z dnia 9 października 2008 r. (k.50-51) - zaniechaniem wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia uchybienia polegającego na braku przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących Moniki Urban i Waldemara Brodzika. Jak słusznie sugeruje skarżący, brak odniesienia się przez Krajową Izbę Odwoławczą do tego uchybienia powodowany był najpewniej tym, że dopatrując się w postępowaniu przetargowym podstaw do odrzucenia oferty wykonawców „konsorcjum Budchem-Cestar”, zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia tego braku. Wykazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą braku podstaw do takiego uznania, a przez to stwierdzenie nieprawidłowego wykluczenia wymienionego wykonawcy z postępowania oraz niezasadnego odrzucenia jego oferty spowodowało, że organ ten odwołanie uwzględnił i nakazał zamawiającemu powtórzenie czynności badania ofert. Ocena wskazanego braku (informacji z KRK) i wynikających stąd skutków zależeć jednak będzie od wyniku tych czynności, które podejmie już zamawiający, a tym samym brak szerszego odniesienia się Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie uznać należy za usprawiedliwiony.

Mając na uwadze powyższe należało stwierdzić, iż decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawców „Konsorcjum Budchem-Cestar” z postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego i odrzuceniu jego oferty była niezgodna z przepisami ustawy, co - wobec wyboru oferty jedynego konkurenta (spółki „Calbud”) niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania. Zasadnie zatem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wskazanego wykonawcy i skorzystała z określonych w art. 191 ust. 2 prawa zamówień publicznych instrumentów, których zastosowanie pozwoli na zachowanie zasad uczącej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych).

Nie zasługiwał nadto na uwzględnienie zarzut skarżącego kwestionujący przyznanie przeciwnikowi skargi kosztów udziału jego pełnomocnika. Zgodnie z art. 191 ust. 6 prawa zamówień publicznych w orzeczeniu zapadłym wskutek rozpoznania odwołania Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, które w myśl art. 191 ust. 7 tej ustawy strony ponoszą stosownie do jego wyniku. Oznacza to, że w postępowaniu wywołanym

złożeniem odwołania obowiązuje, analogicznie jak w procesie cywilnym, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę "przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.). Skoro zaś w realiach niniejszej sprawy odwołanie wykonawców „Konsorcjum Budchem-Cestar” zostało uwzględnione to kosztami postępowania Krajowa Izba Odwoławcza słusznie obciążyła zamawiającego. Na koszty te - w łącznej kwocie 9106 zł - Krajowa Izba Odwoławcza zaliczyła koszty Urzędu Zamówień Publicznych (wynagrodzenia, wydatki i opłaty) w kwocie 4064 zł oraz koszty uczestnictwa odwołującego w rozprawie w kwocie 5042 zł w tym kwotę 3600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 1442 zł z tytułu zwrotu poniesionych kosztów dojazdu. Powyższe obliczenie zgodne jest z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, Dz. U. Nr 128, poz. 886). Na podstawie treści tego aktu prawnego, można wyodrębnić dwie zasadnicze kategorie kosztów postępowania odwoławczego (§ 4ust. 1 rozporządzenia):

1. koszty ponoszone przez Urząd Zamówień Publicznych - koszty związane z organizacją i prowadzeniem postępowań odwoławczych;

* *

2. uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego

Druga z wymienionych kategorii kosztów postępowania, której wysokość kwestionuje właśnie skarżący, obejmuje zgodnie z przepisami wskazanego rozporządzenia w szczególności koszty uczestnika postępowania odwoławczego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub posiedzenia Izby, wynagrodzenie pełnomocnika, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł (§ 4 ust. 1 pkt 2 wskazanego rozporządzenia).

Należy stwierdzić, iż wydatki związane ze stawiennictwem odwołującego (3 osób) na rozprawę zostały - wbrew twierdzeniom skarżącego - wykazane na podstawie biletów na przejazd PKP, zaś kwota zasądzona na rzecz odwołującego tytułem zwrotu kosztów jego zastępstwa procesowego mieści się w określonym wyżej limicie. Słusznie bowiem Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała wysokość rachunku (7200 zł) przedłożonego przez pełnomocnika odwołującego do kwoty określonej we wskazanym rozporządzeniu. Warto przy tym zauważyć, że wymienione wyżej koszty zastępstwa zostały we wskazanym akcie prawnym z góry zaliczone w poczet kosztów uzasadnionych. Oznacza to, że w zakresie wyznaczonego limitu skład orzekający nie mógł odmówić ich zasądzenia.

Z przedstawionych wyżej względów Sąd Okręgowy uznał, iż zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada przepisom prawa i brak podstaw do jego uchylenia lub zmiany. Skargę zamawiającego jako bezzasadną - na podstawie art. 198 ust 2 prawa zamówień publicznych - wobec powyższego oddalił.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 109 § 1 kpc oraz 198 ust. 5 prawa zamówień publicznych. Zgodnie z treścią drugiego z wymienionych przepisów koszty postępowania skargowego ponoszą strony tego postępowania, stosownie do jego wyniku, przy czym określając wysokość kosztów w treści orzeczenia sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. W związku z tym, iż skarga okazała się bezzasadna i podlegała oddaleniu kosztami postępowania wywołanego jej wniesieniem należało obciążyć skarżącego. Na koszty te składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika strony przeciwnej. W związku z brakiem regulacji dotyczącej stawek wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi Sąd ustalił tą wartość, kierując się treścią przepisu § 10 ust. 1 pkt. 4 w zw. z §2 ust. 1 i § 12 ust. 1 w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 nr 163 poz. 1349 ze zm.), o czym orzeczono w punkcie II wyroku.

**Na oryginalne właściwe podpisy
Za zgodność
Sekretarz Sądowy**

