Sygn. akt IX Ca 50/07

ODPIS

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 lutego 2007 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:
Przewodniczący: SSO Maciej Wasilewski
Sędziowie: SO Małgorzata Holz, Mirosław Wieczorkiewicz (spr.)
Protokolant: apl. sąd. Katarzyna Kalinowska

po rozpoznaniu w dniu 20 lutego 2007 r. w Olsztynie na
rozprawie
sprawy ze skargi zamawiającego Urząd Miasta O.
z udziałem Konsorcjum: L. Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, P. S.A. z
siedzibą w Poznaniu
w przedmiocie zamówienia publicznego
skarga na wyrok Zespołu Arbitrów
na skutek skargi zamawiającego Urząd Miasta O. od
wyroku Zespołu Arbitrów w Warszawie
z dnia 27 grudnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2987/06

I. Zmienia zaskarżony wyrok i oddala odwołanie;
II. Zasądza od Konsorcjum : L. spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie ,
P. S.A. z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł
(trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania sądowego.

Sygn. akt IX Ca 50/07

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji na zakup i wdrożenie systemu informatycznego „Interaktywny Urząd w O.".

Na etapie oceny złożonych ofert Zamawiający odrzucił ofertą odwołującego - konsorcjum firm: L. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz P. S.A. z siedzibą w Poznaniu. W uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty zamawiający stwierdził, że oferowane przez odwołującego urządzenia wielofunkcyjne nie posiadają wymaganych przez zamawiającego interfejsów: USB 2.0 oraz IEEE 1284.

Od powyższej czynności odwołujący złożył protest podnosząc w nim, że oferowane przez niego urządzenia spełniają wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie przedmiotowych interfejsów. Oferował on, bowiem wymagane interfejsy poprzez wykorzystanie standardowych adapterów (przejściówek). W konsekwencji urządzenia te w drodze opisanej adaptacji spełniają wymóg posiadania żądanych interfejsów.

Odwołujący wnosił uchylenie decyzji zamawiającego i przeprowadzenie ponownej oceny złożonych ofert.

Zamawiający odrzucił protest powołując się na następujące okoliczności:

1) protest został wniesiony przez podmiot nieuprawniony, gdyż został podpisany przez prokurenta firmy L. spółka z o. o. będącej liderem konsorcjum oraz Annę K., która nie figurowała w Krajowym Rejestrze Sądowym jako osoba uprawniona do reprezentowania spółki. Zatem sposób reprezentacji był niezgodny ze

sposobem uwidocznionym w Krajowym Rejestrze Sądowym,

2) z pełnomocnictwa udzielonego firmie L. spółka z o. o. przez uczestnika konsorcjum P. S.A. wynikało, że zostało ono udzielone firmie L. reprezentowanej przez wymienione z imienia i nazwiska osoby, wśród których nie figurowała Anna K. Zdaniem zamawiającego konsekwencją udzielenia takiego pełnomocnictwa była okoliczność, że w niniejszym postępowaniu mogą występować w imieniu lidera jedynie wymienione w pełnomocnictwie osoby,

3) protest wniesiony przez odwołującego w formie faksu w ostatnim dniu terminu był nieczytelny, natomiast protest w formie pisemnej dotarł do Zamawiającego po terminie,

4) Zamawiający stwierdził również, że niedopuszczalną praktyką było wnoszenie protestu w formie faksu, gdyż protest powinien być wnoszony w formie pisemnej - której nie czyni zadość forma faksu.

Odwołujący od rozstrzygnięcia Zamawiającego złożył odwołanie do Prezesa - Urzędu Zamówień Publicznych. Podtrzymał w nim zarzuty i żądania podniesione w proteście.

Zespół Arbitrów wyrokiem z dnia 27 grudnia 2006r. uwzględnił odwołanie i nakazał ponowne rozpatrzenie oferty odwołującego.

Zespół Arbitrów nie podzielił zgłaszanych przez zamawiającego zarzutów natury formalnej wzmiankowanych w rozstrzygnięciu protestu i podnoszonych na posiedzeniu.

Zespół ten uznał za niezasadny zarzut wniesienia protestu przez podmiot nieuprawniony. Przyjął on, że Anna K. była wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego jako wiceprezes spółki z o.o. L. w momencie wnoszenia protestu. Natomiast Zamawiający odrzucając protest

dysponował nieaktualnym odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego tej spółki. Zespół Arbitrów uznał, że odwołujący nie ma obowiązku przedkładania wraz z każdym oświadczeniem woli kierowanym do Zamawiającego aktualnego odpisu z KRS-u. Ponadto z analiza treści pełnomocnictwa udzielonego firmie L. spółkę ź o.o. przez firmę P. S.A. wynikało, że pełnomocnictwo nie zostało udzielone oznaczonym osobom fizycznym, lecz firmie L. spółka z o.o. reprezentowanej przez Grzegorza P. oraz Krzysztofa M. Nie przesądzało to jednak, że w ramach przedmiotowego postępowania oświadczenia w imieniu firmy L. mogą składać jedynie w/w osoby. Pełnomocnictwo zostało udzielone osobie prawnej – L. spółka z o. o., która w obrocie występuje poprzez organy uprawnione do jej reprezentacji na zasadach wskazanych w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Zespół Arbitrów nie potwierdził zarzutu zamawiającego odnośnie nieczytelności protestu wniesionego faksem. Tym samym uznał, że odczytanie treści faksu nie nastręczało żadnych trudności.

Zespół Arbitrów nie podzielił również poglądu zamawiającego, że jedyną dopuszczalną formą wnoszenia protestu była forma pisemna.

Na posiedzeniu zamawiający podniósł dodatkowo brak interesu prawnego po stronie odwołującego powołując się na okoliczność, że w dniu 26 grudniu 2006r. upłynął termin ważności wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej ofertę odwołującego.

W tym zakresie Zespół Arbitrów uznał, że odwołujący posiadał taki interes, ponieważ do orzekania nie został skutecznie wykluczony z postępowania.

Odnosząc się do kwestii merytorycznych Zespół Arbitrów uznał, że zamawiający nie sprecyzował w SIWZ, czy interfejsy mają być wbudowane, czy też możliwie jest zagwarantowanie tej funkcji poprzez użycie urządzeń

dodatkowych-adapterów. Zatem pod względem funkcjonalnym oferta odwołującego spełniała ten wymóg. Ponadto Zespół Arbitrów uznał, że negatywne konsekwencje niedokładnego lub niepełnego opisu obciążają zamawiającego, a wątpliwości w tym, zakresie interpretowane są na korzyść wykonawców, ponieważ zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i ące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Skargę na powyższy wyrok złożył zamawiający, zaskarżając go w całości.

Zamawiający zarzucił orzeczeniu:

1) naruszenie przepisów art. 179 ust. 1 ustawy z dn. 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych w związku z art. 96, art. 101, art. 104 kc poprzez przyjęcie, że nie potwierdził się zarzut Zamawiającego wniesienia protestu i odwołania przez podmiot nieuprawniony,

2) naruszenie przepisów art. 180 ust. 2 ustawy pzp poprzez przyjęcie, że treść wniesionego faksu spełnia wymóg pisemności oraz że protest wniesiono w terminie,

3) naruszenie przepisów art. 179 ust. 1 ustawy pzp, poprzez przyjęcie, że odwołujący się wykazał interes prawny we wniesieniu odwołania,

4) naruszenie przepisu art. 191 ust. 3 ustawy pzp, poprzez orzeczenie, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście,

5) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy pzp poprzez przyjęcie, że zamawiający w sposób niedokładny i niepełny opisał przedmiot zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty zamawiający wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania oraz zasądzenie od uczestnika na rzecz skarżącej kosztów procesu wg norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna.

Prawo zamówień publicznych jednoznacznie przesądza o możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Konsorcjum nie jest definiowane w polskim prawie. Opierając się na literaturze przedmiotu, można stwierdzić, że jest to 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 (por. *L. Stecki,* Konsorcjum, Toruń 1997). Konsorcjum nie podlega też żadnemu obowiązkowi rejestrowemu, a jedynym dokumentem potwierdzającym fakt istnienia konsorcjum jest umowa podpisana przez uczestników konsorcjum.

Z akt niniejszej sprawy wynika, że w dniu 7 kwietnia 2006r. P. S.A. z siedzibą w Poznaniu i L. Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie zawarły umowę konsorcjum, w której spółka L. została wskazana jako lider. Jednocześnie konsorcjum udzieliło liderowi reprezentowanemu przez Grzegorza P. - wiceprezesa zarządu i Krzysztofa M. - kierownika działu handlowego - prokurenta, pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjanta we wszystkich sprawach oraz do prowadzenia wszystkich spraw, związanych z udziałem konsorcjanta i lidera w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym do wnoszenia środków ochrony prawnej w imieniu i na rzecz konsorcjum.

Odwołujący wniósł protest, który został podpisany przez nie wymienioną w upoważnieniu Annę K. Nie przedłożono przy tym odpisu z KRS-u wskazującego na zmianę członków zarządu spółki L.

W konsekwencji zasadnie odrzucony został przez zamawiającego przedmiotowy protest, ponieważ został wniesiony przez podmiot niewłaściwie reprezentowany.

Warto w tym miejscu zauważyć, że procedura zamówień publicznych w tej części nie przewiduje możliwości uzupełnienia protestu. Odwołujący składając protest był zobowiązany do złożenia dokumentu, z którego wynikałaby właściwa reprezentacja spółki, jako pełnomocnika konsorcjum.

Ponadto trzeba podkreślić, że wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia identyfikuje nie zawarcie umowy konsorcjum, lecz udzielenie przez każdego z nich pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu i zakomunikowanie przez pełnomocnika zamawiającemu faktu działania w imieniu mocodawców będącymi takimi wykonawcami. Zamawiający, aby stwierdzić, czy należycie umocowano pełnomocnika do reprezentowania podmiotów występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie potrzebuje umowy konsorcjum, lecz stosownego rejestru wskazującego na sposób reprezentacji każdego z konsorcjantów w przypadku osób prawnych i jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej albo stwierdzenia osobistego działania w przypadku konsorcjantów będących osobami fizycznymi.

Przechodząc do drugiego zarzutu skargi trzeba stwierdzić, że wraz z najnowszymi zmianami obowiązującymi od 25 maja 2006r. w zakresie ustawy Prawo zamówień publicznych, zmieniła się też treść art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Obecnie przepis ten stanowi, że protest można wnieść do zamawiającego i w tym zakresie stosuje się odpowiednio przepisy art. 27 ust. 1-3 Prawo zamówień publicznych.

Ustawodawca tym samym zniósł dotychczasowy wymóg, że protest musi być tylko „pisemny", wprowadzając odpowiednie stosowanie art. 27 ust. 1-3 cyt. ustawy. Przepis ten pozostawia zamawiającemu wybór sposobu i formy porozumiewania się z wykonawcami, jednakże z dwoma zastrzeżeniami: po

pierwsze, wybór ten powinien być dokonany już w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 6) i po drugie, forma pisemna jest zawsze dopuszczalna (art. 27 ust. 3). Jest to istotna zmiana dotycząca formy protestu, odpowiadająca dyrektywom unijnym /por. Komentarz do Prawo zamówień Publicznych pod red. T. Czajkowskiego, UZP 2006, s. 388/.

W przedmiotowej sprawie z rozdziału XV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika, że umotywowany, pisemny protest należy złożyć w siedzibie zamawiającego.

Powyższe jednoznacznie przesądza o wymaganej formie wniesienia protestu przez odwołującego.

Odwołujący w tych warunkach nie spełnił tego wymogu, dlatego zasadnie protest został odrzucony.

Odnosząc się do innej kwestii należy uznać, że termin do wniesienia protestu zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest dochowany tylko wtedy, gdy treść protestu zostanie dostarczona do siedziby zamawiającego najpóźniej siódmego dnia od dnia, w którym protestujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. Jest to inne uregulowanie niż przewidziane dla odwołania, skargi oraz postępowania odwoławczego w postępowaniu cywilnym.

W tych warunkach nie będzie, zatem dochowaniem terminu nadanie protestu na poczcie, z potwierdzoną datą, jeżeli poczta dostarczy protest do siedziby zamawiającego po upływie tychże 7 dni.

Warunki SIWZ ustalone przez zamawiającego w nin. sprawie jednoznacznie wskazują, że protest musiał mieć formę pisemną Odwołujący całkowicie pominął powyższe wymaganie.

W konsekwencji odwołujący wraz z protestem wniesionym poprzez faks powinien był niezwłocznie doręczyć pisemny protest, aby zachować zarówno terminowość wniesienia protestu, jak i wymaganie formy pisemnej.

Wynika to z tego, że protest jest oświadczeniem woli w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, zasadnie powołuje się na art. 61 § 1 kc, mówiący o

złożeniu oświadczenia woli. Za równie zasadne należy uznać stwierdzenie, że "wniesienie protestu drogą faksową, mimo iż nieprawidłowe, będzie skuteczne", jeżeli niezwłocznie zostanie potwierdzone w formie pisemnej. Wniosek taki można wywieść z treści przepisu art. 73 § 1 kc stanowiącego, że "jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności" /por. Prawo zamówień publicznych. J. Pieróg-Komentarz do art. 180, Legalis Internet/.

Brak takiego działania ze strony odwołującego zasadnie zostało uznane za brak wniesienia w terminie pisemnego protestu.

W tej części nie ma jednak racji zamawiający, że odwołującego obciąża nieczytelność przesłanego faksu. Odwołujący nie może odpowiadać za wadliwe łącza lub nieprawidłowe działania urządzenia odbiorczego.

Warto również zauważyć, że termin do wniesienia protestu jest terminem zawitym, co oznacza, że nie można go przywrócić. Tak, więc upływ 7-dniowego terminu do wniesienia protestu pozbawia wykonawcę, uczestnika konkursu oraz organizację zrzeszającą wykonawców możliwości skutecznego podniesienia zarzutów na czynności zamawiającego. Niedochowanie terminu nie podlega żadnym usprawiedliwieniom, a przyczyny uchybienia terminowi nie mogą być brane pod uwagę przez zamawiającego ani przez zespół arbitrów.

Trafnie zarzuca także zamawiający, że Zespół Arbitrów rozpoznał odwołanie w szerszym zakresie niż pozwala na to przepis art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W myśl tego przepisu zespół arbitrów nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

W treści protestu jednoznacznie wynika, że odwołujący zarzucił naruszenie jedynie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, art. 85 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś odwołanie rozszerzyło zakres odwołania od treść art. 24 ust. 1 pkt 10 cyt. ustawy oraz dodatkowo rozszerzył swoje zastrzeżenia odrzucenia oferty urządzenia wielofunkcyjnego formatu A4.

Powyższe rozszerzenie zarzutów jednak uszło uwadze Zespołowi Arbitrów.

Ma również rację zamawiający, że Zespół Arbitrów mylnie przyjął, iż zamawiający nie sprecyzował w SIWZ w zakresie wymagań związanych z interfejsami w urządzeniach wielofunkcyjnych formatu A4 i A3, a mianowicie, czy interfejsy mają być wbudowane, czy też możliwe jest zagwarantowanie tej funkcji poprzez użycie urządzeń dodatkowych -adapterów.

Z treści SIWZ wynika, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika z niego jednoznacznie, że urządzenia mają posiadać interfejs, a nie możliwość ich instalacji tak jak podano odnośnie instalacji dodatkowej kasety.

W tych warunkach oferowane przez odwołującego urządzenia są innymi urządzeniami niż żądane przez zamawiającego.

Nie można podzielić stanowiska zamawiającego, że Zespół Arbitrów naruszył przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając, iż odwołujący wykazał interes prawny w uzyskaniu zamówienia, pomimo iż nie dopełnił proceduralnego wymogu w zakresie przedłużenia wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w tym zakresie, interes prawny należy traktować jako potrzebę prawną, wynikającą z sytuacji prawnej, w jakiej się znajduje odwołujący. W tej sytuacji pojęcie to należy rozumieć szeroko oraz jako obiektywną okoliczność w świetle obowiązujących przepisów prawnych, tj. wywołaną rzeczywistym naruszeniem albo zagrożeniem określonej sfery prawnej. Wynika to z faktu, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się, w sprawach nieuregulowanych ustawą, przepisy kodeksu cywilnego. I właśnie ten cywilistyczny charakter ustawy przesądza, iż interes prawny to zarówno interes majątkowy, jak i niemajątkowy. Nie jest też konieczne doznanie uszczerbku w interesie prawnym, wystarczające jest samo jego zagrożenie. Prawo zamówień publicznych wprowadza jednak istotne ograniczenie w

zakresie interesu prawnego, wymagając, aby był to interes prawny w uzyskaniu zamówienia /por. Prawo zamówień publicznych. J. Pieróg-Komentarz do art. 179, Legalis Internet/.

Powyższe przesłanki zachodziły w nin. sprawie, dlatego tego zarzutu zamawiającego nie można podzielić.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 98 w zw. z art. 13 § 2 kpc, jak w sentencji.