Sygn. akt XIX Ga 385/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 sierpnia 2014 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: **SSO Dariusz Chraponski (spr.)**
Sędziowie: **SO Grażyna Jeziorowska**
SO Blanka Zorębska

Protokolant: **st.sekr.sądowy Agnieszka Nowak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2014 r. w Katowicach

sprawy z odwołania

Konsorcjum: -

przeciwko

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 21 maja 2014 r. sygn. akt KIO 963/14

zmienia zaskarżone postanowienie i oddala odwołanie.

Na oryginale właściwie podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM
Potwierdzam
SEKRETARZ
Starszy sekretarz sądowy
Iwona Zdebel

Sygn. akt XIX Ga 385/14

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 21 maja 2014 roku Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej KIO) odrzuciła odwołanie Konsorcjum (zwanego dalej Odwołującym) w postępowaniu prowadzonym przez w Katowicach (zwanego dalej Zamawiającym) i obciążyła Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

KIO ustaliło, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *„Dostawa rur powietrznych i wodnych w okresie 12 miesięcy od zawarcia umowy do S.A."*

W dniu 15 maja 2014 roku złożył odwołanie Odwołujący, który zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia trzech ofert złożonych przez wykonawców: ze względu na to, że ich treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej SIWZ) w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia;
2. art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 p.z.p. poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w okolicznościach braku złożenia co najmniej trzech ofert niepodlagających odrzuceniu, co nastąpiło na skutek zaproszenia do udziału w aukcjach elektronicznych tych wykonawców, których oferty powinny zostać odrzucone.

Wskazując na te zarzuty Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznych w zakresie zadań nr 5 i 6, unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcjach elektronicznych i nakazanie Zamawiającemu dokonania

powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu.

KIO ustaliło, że odwołanie zostało wniesione w formie elektronicznej, a Odwołującego reprezentowała pełnomocnik . Do odwołania dołączono dwa pełnomocnictwa: z 14 maja 2014 roku, na mocy którego . udzieliło umocowania do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu odwoławczym, przy czym brak jest w tym pełnomocnictwie uprawnienia do udzielenia dalszych pełnomocnictw substytucyjnych i z 15 maja 2014 roku, na mocy którego A. udzieliła umocowania do złożenia odwołania w tym postępowaniu.

KIO stwierdziło, że pełnomocnictwa są wadliwie i nie uprawniające Barbary Kozakiewicz do wniesienia odwołania w imieniu Konsorcjum, albowiem uprawnienie pełnomocnika do udzielenia pełnomocnictwa substytucyjnego winno było wynikać z treści pełnomocnictwa, co wynika wprost z art. 106 k.c.

Tego rodzaju brak jest nieusuwalny w rozumieniu art. 187 ust. 3 p.z.p. i § 9 oraz § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.). Wezwanie do usunięcia braków formalnych pełnomocnictwa jest dopuszczalne jest jedynie wtedy, gdy nie dołączono tego dokumentu do odwołania, a nie wtedy, gdy złożone pełnomocnictwo jest wadliwe, bo nie dające umocowania do wniesienia odwołania w imieniu odwołującego.

Wskazując na to KIO na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 p.u.z. odrzuciło odwołanie, a o kosztach tego postępowania orzeczono w oparciu o art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p.

W skardze na to postanowienie Prezes U.Z.P. zarzucił naruszenie:

1. art. 187 ust. 3 w zw. z art. 187 ust. 7 p.z.p. i § 9 oraz § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez uznanie, że obowiązek wezwania odwołującego do uzupełnienia braków formalnych nie obejmuje przypadku, gdy dołączone do odwołania pełnomocnictwa są wadliwe;
2. art. 189 ust. 2 pkt 2 p.z.p. poprze bezpodstawne odrzucenie odwołania.

Wskazując na te zarzuty Prezes U.Z.P. wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia i orzeczenie co do istoty sprawy przez merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesione przez Odwołującego, oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego.

Odwołujący wniósł o uchylenie, względnie o zmianę o merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi, względnie o zmianę zaskarżonego postanowienia i umorzenie postępowania, podnosząc, że zawarły już umowę na wykonanie przedmiotu zamówienia z wykonawcą.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga okazała się zasadna w części dotyczącej odrzucenia odwołania Odwołującego ze względu na zasadność zarzutu naruszenia art. 187 ust. 3 p.z.p.

Zdaniem Sądu Okręgowego KIO dokonało błędnej wykładni tego przepisu w zakresie skutków braku należytego umocowania pełnomocnika do wniesienia środka odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zaskarżonym postanowieniem KIO dokonało językowej interpretacji tego przepisu – wedle potocznych reguł rozumienia określonych zjawisk, przyjmując, że brakiem formalnym odwołania w zakresie pełnomocnictwa, podlegającym usunięciu w trybie tego przepisu jest jedynie taki stan faktyczny, że do odwołania nie dołączono pełnomocnictwo w sensie fizycznym – w postaci braku tego dokumentu. Jeśli natomiast dołączono pełnomocnictwo do odwołania, lecz jest ono wadliwe – np. poprzez brak należytego umocowania pełnomocnika do działania w imieniu obu członków Konsorcjum to odwołanie podlega odrzuceniu, bez wezwania do usunięcia tego braku.

Otóż, metoda wykładni gramatycznej nie jest jedyną metodą ustalania znaczenia norm prawnych, choć zasadniczą. Odstępstwo od tej metody wykładni może mieć miejsce gdy m. in. jej rezultat doprowadzi do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowalnych wartości należy uznać za niesprawiedliwe, względnie wtedy, gdy treść przepisu jest wynikiem błędu legislacyjnego.

Z punktu widzenia jurydycznego brak pełnomocnictwo, jak również jego wadliwość jego treści stanowi jednakową przeszkodę do nadania biegu odwołania. Obie te sytuacje winny być traktowane jednakowo na gruncie art. 187 ust. 3 p.z.p. Wykładnia funkcjonalna tego przepisu prowadzi do wniosku, że został on wprowadzony celem umożliwienia uczestnikowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego usunięcia braków formalnych odwołania. Innymi słowy, chodzi on naprawienie błędów formalnych odwołania.

„Niezłożenie pełnomocnictwa" w rozumieniu tego przepisu winno być rozumiany jako wszelkiego rodzaju wadliwości w tym zakresie, które uniemożliwiają nadanie biegu odwołaniu. Chodzi w nim zatem o sam brak pełnomocnictwa jako dokumentu, tudzież jego wadliwość w świetle norm prawa prywatnego lub procesowego. W razie wystąpienia przeszkody do nadania biegu odwołaniu ze względu na powyższe mankamenty należy wezwać odwołującego do usunięcia stosownych braków formalnych, pod rygorem odrzucenia odwołania.

Z tych przyczyn należy uznać zasadność skargi, co skutkuje merytorycznym rozpoznaniem odwołania. Tę kwestię – ze względu na stanowisko Zamawiającego jak również Odwołującego należy poprzedzić następującymi uwagami.

Art. 198 f ust. 2 p.z.p. zawiera podstawową zasadę postępowania skargowego, że jego przedmiotem jest merytoryczne rozpoznanie sprawy, nawet wtedy, gdy skarga dotyczy orzeczenia formalnego kończącego postępowanie odwoławcze. Wyrazem tego jest zapis tego przepisu, że nie jest możliwym uchylenie zaskarżonego orzeczenia KIO i skierowania sprawy do ponownego rozpoznania przez tej Organ. Druga rzecz, to uprawnienia Prezesa U.Z.P., do którego z mocy art. 198g ust. 2 p.z.p. stosuje się przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze. Z mocy zatem art. 60 § 1 k.p.c. Prezes UZP mógł wstąpić do postępowania i w skardze na orzeczenie KIO zażądać merytorycznego rozpoznania odwołania Odwołującego, mimo, że zawiera ono braki w zakresie umocowania pełnomocnika.

Konstatując, sąd rozpoznający niniejszą sprawę uznając bezzasadność odrzucenia odwołania winien ocenić zasadność merytoryczną tego środka ochrony prawnej.

Dodać jeszcze należy, że zawarcie umowy przez zamawiającego z wykonawcą nie stanowi podstawy do umorzenia postępowania skargowego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14 października 2005 roku zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po

rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana (*III CZP 73/05, OSNC 2006, Nr 7-8, poz. 121*).

Przechodząc *meriti* do rozpoznania odwoławczego należy przypomnieć stan faktyczny sprawy.

Dnia 5 maja 2014 roku Zamawiający poinformował wykonawców, że w związku z złożeniem w postępowaniu w zakresie zadań nr 5 i 6 co najmniej trzech ofert nie podlegających odrzuceniu w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcje elektroniczne, których termin wyznaczył odpowiednio na 8 i 9 maja 2014 roku, które też w tym terminie zostały przeprowadzone. W obu tych aukcjach uczestniczyli następujący wykonawcy:

Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia zastał określony w pkt 2 Rozdziału II SIWZ. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie powinni oferować wyroby nowe i kompletne z punktu widzenia jego przeznaczenia. Nadto na potwierdzenie rury kołnierzowe winny spełniać przepisy prawne i wymogi dotyczące wprowadzenia do obrotu i wymagania bezpieczeństwa w podziemnych zakładach górniczych, na dowód czego wykonawca miał przedstawić certyfikat zgodności lub certyfikat uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa B wraz ze sprawdzeniem z badań. Zamiast tego możliwe było przedstawienie wyników badań doskonalenia oceny zgodności wyrobu, potwierdzające spełnienie wymagań dokumentacji, odpowiednich norm lub innych przepisów. Wzór deklaracji zgodności wystawiony przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela ustanowionego w WE, że wyroby wprowadzone na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych oraz spełnia/ją) wszystkie podstawowe wymogi bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, oraz odpowiednich norm i przepisów, które ich dotyczą i umieści na produkcie oznakowanie zgodności, jeżeli przepisy tego wymagają. Jeżeli w procesie badań i oceny brała udział jednostka notyfikowana to ten fakt powinien być odnotowany w deklaracji zgodności. Nadto należało załączyć instrukcję stosowania lub Dokumentację Techniczno-Ruchową (DTR) wyrobu zawierającą między innymi, parametry i warunki techniczne zastosowania wyrobu, sposób montażu i demontażu, wymagane środki bezpieczeństwa oraz szczególne warunki stosowania wyrobu, jeżeli jego dotyczą.

W ofercie co do rur stalowych bez szwu – kołnierzowych stwierdzono, że są one zgodne z dokumentacją techniczną o obowiązującymi

normami PN-80/H-74219, PN-EN 10210-1:2007 i PN-EN 10210-2:2007 i zadeklarowano jego wymagania prawa polskiego i wspólnotowego w zakresie wprowadzania na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń. Jeśli chodzi o rury magistralne, wysokościowe i spływowe to stwierdzono, że są one zgodne z dokumentacją techniczną o obowiązującymi normami PN-93/G-5000, PN-87/M-69008, PN-EN982:1998, PN-83/M-73005, PN-78/M-69011 i PN-C-96047:1998. W ofercie znajduje się Certyfikat Instytutu Techniki Górniczej KOMAG 12/B/313 wraz z załącznikiem do niego, deklaracje zgodności WE, a w szczególności dokumentacja techniczna stalowych rurociągów kołnierzowych i rur kołnierzowych bez szwu, która potwierdza spełnienie warunków SIWZ.

Co do oferty , – w zakresie zadania nr 5 i 6, to tenże wykonawca dołączyć Certyfikat Zgodności KOMAG/05/128 z dnia 27 października 2005 roku wraz z załącznikiem i pismem z dnia 15 listopada 2007 roku. Nadto tenże wykonawca dołączył do oferty deklaracje zgodności wyrobów z przepisami prawa. Dodać tutaj jeszcze trzeba, że certyfikat jest bezterminowy, a zatem, co wynika wprost z pisma z 15 listopada 2007 roku, co potwierdza możliwość wprowadzania do obrotu wyrobów nim objętych. Brak jest zatem przeszkód, aby do chwili obecnej wykonawca nie mógł posługiwać się tym certyfikatem. Nadto do ofert załączono dokumentację techniczną.

Nie można zatem przyjąć że oferowane wyroby zadaniem 5 i 6 naruszają postanowienia pkt 2.1. i 2.3.1. SIWZ.

Uwzględniając te okoliczności nie można podzielić zapatrywania Odwołującego, że tenże wykonawca naruszył warunki przedmiotowe pkt 2 SIWZ.

Jeżeli Chodzi o to na potwierdzenie spełniania przesłanek przedmiotowych uczestnictwa ten podmiot przedstawił Certyfikat nr KOMAG/12/B/339 na rury stalowe kołnierzowe ogólnego zastosowania, potwierdzający za zgodność z trzema normami, w tym PN-1092-1-2010 w zakresie kompatybilności połączeń kołnierzowych. Z kolei z Certyfikatu nr B/2395/2013 Głównego Instytutu Górnictwa wynika uprawnienie do oznaczenia rur stalowych kołnierzowych ogólnego zastosowania znakiem bezpieczeństwa. Również i do tej oferty załączono dokumentację techniczną.

Analiza ofert powyższych trzech wykonawców prowadzi do wniosku, że nie naruszają one warunków pkt 2 SIWZ, albowiem posiadają one wymagane certyfikaty, uprawniające do wprowadzenia do obrotu towarów, na które te dokumenty zostały wystawione. Do ofert załączono także dokumentację techniczną.

Oferty tych wykonawców nie podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

W konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 1 p.z.p.. albowiem przeprowadzenie aukcji elektronicznej było dopuszczalne.

Merytorycznie rozpoznanie skargi w zakresie nią objętą prowadziło do zmiany zaskarżonego orzeczenia i oddalenia odwołania na podstawie art. 198 f ust. 2 zd. 2 w zw. z art. 198a ust. 2 p.z.p. i art. 385 k.p.c.

SĄD OKRĘGOWY W KATOWICACH

Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGI...
stwierdzam
SEKRETARZ
Starszy sekretarz sąd.
Iwona Zdebel