

Sygn. akt I ACa 959/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Katarzyna Polańska - Farion

Sędziowie: SA Dorota Markiewicz (spr.)

SO del. Dagmara Olczak-Dąbrowska

Protokolant: ref. staż Michał Strzelczyk

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2015 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

przeciwko Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Komendanta Głównego Policji i (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o stwierdzenie nieważności umowy

oraz z powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

przeciwko Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Komendanta Głównej Straży Granicznej i (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o stwierdzenie nieważności umowy

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 6 lutego 2014 r., sygn. akt XXIV C 1813/08

uchyla zaskarżony wyrok, znosi postępowanie przed Sądem Okręgowym w Warszawie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania temu Sądowi, pozostawiając mu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 959/14

UZASADNIENIE

Powód Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł pozwy przeciwko Skarbowi Państwa – Komendantowi Głównemu Policji i (...) sp. z o.o. w W. oraz przeciwko Skarbowi Państwa-Komendantowi Głównemu Straży Granicznej i (...) sp. z o.o. o stwierdzenie nieważności dwóch umów z dnia 30 sierpnia 2007 r., wskazując jako podstawę prawną powództwa art. 146 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Pozwani – Skarb Państwa reprezentowany przez pełnomocników procesowych ustanowionych przez jednostki organizacyjne Skarbu Państwa i spółka (...) wnosili o oddalenie powództwa.

Postanowieniem z dnia 15 lipca 2009 r. Sąd Okręgowy połączył obie sprawy do wspólnego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 6 lutego 2014r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo w całości i obciążył powoda kosztami zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, iż w 2007 r. Komendant Główny Policji, jako zamawiający, wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 5.709 nowych, oryginalnych, wyprodukowanych w 2007 r. 9 mm pistoletów samopowtarzalnych. Przedmiot zamówienia miał być przeznaczony dla Straży Granicznej – w liczbie 951 sztuk, oraz dla Policji – w liczbie 4.748 sztuk. Zamawiający opracował specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), przy czym określenie przedmiotu zamówienia nastąpiło w załączniku nr(...) do SIWZ. W załączniku tym wskazano, iż będący przedmiotem zamówienia pistolet ma mieć mechanizm spustowy (...) lub (...) a także minimum 2 bezpieczniki wewnętrzne w tym blokadę iglicy. Ofertę w przetargu złożyła m.in. (...) sp. z o.o. w W., oferując dostarczenie pistoletów (...) W zgłoszonym formularzu ofertowym wskazano, że pistolet posiada mechanizm spustowy D. A., tj. (...). Do oferty załączony został certyfikat wystawiony przez (...) Instytut (...) (dalej(...)) w Z., zgodnie z którym przedmiot oferty spełniał wymagania zawarte w załączniku nr (...) do SIWZ. W przeprowadzonym przetargu wybrano ofertę złożoną przez spółkę (...). Wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 24 sierpnia 2007 r. oddalono odwołanie innych uczestników przetargu, wskazując m.in. w uzasadnieniu, iż zaoferowany przez (...) pistolet (...) posiada system (...).

W wyniku wyboru oferty przedstawionej przez spółkę (...) doszło do zawarcia w dniu 30 sierpnia 2007r. dwóch umów pomiędzy tą spółką a zamawiającym. Umową nr (...) zobowiązywał się dostarczyć zamawiającemu 4.758 sztuk nowych, oryginalnych, wyprodukowanych w 2007 r. 9 mm pistoletów samopowtarzalnych (...), wykonanych zgodnie ze specyfikacją techniczną stanowiącą załącznik nr (...) do umowy. W załączniku tym, stanowiącym opis techniczny pistoletu (...), wskazano, w pkt 4, iż posiada on mechanizm spustowy D. A. (tj. (...)). Z kolei, umową nr (...), (...) zobowiązywał się dostarczyć zamawiającemu 951 sztuk nowych, oryginalnych, wyprodukowanych w 2007 r. 9 mm pistoletów samopowtarzalnych (...) wykonanych zgodnie ze specyfikacją techniczną stanowiącą załącznik nr(...)do umowy. Załącznik ten był identyczny, jak załącznik do pierwszej z zawartych umów.

W przedmiocie przeprowadzonego przetargu na zakup pistoletów samopowtarzalnych (...) (...), Prezes UZP wszczął postępowanie kontrolne, w toku którego zlecił sporządzenie opinii przez (...) Akademię (...) (dalej (...)), m.in. na okoliczność zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Ze sporządzonej przez (...) opinii wynikało, że co prawda pistolety zaoferowane przez (...) spełniały wymagania zamawiającego, jednakże nie spełniały one wymogu zawartego w pkt 4. opisu przedmiotu zamówienia (zał. nr (...) do SIWZ), albowiem pistolet (...) nie posiadał mechanizmu spustowego (...) lub (...), lecz mechanizm typu semi (...). Ponadto, do akt postępowania kontrolnego załączona została opinia opracowana przez (...) w Z. na zlecenie Fabryki (...) – R., z której to opinii wynikało, że mechanizm spustowo – uderzeniowy w pistoletach (...) nie jest mechanizmem typu (...) lub (...), lecz jest hybrydą systemów (...), (...) i (...) W związku ze stwierdzeniem naruszeń w postępowaniu przetargowym Prezes UZP powiadomił o wynikach przeprowadzonej kontroli Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy MSWiA.

W związku z powyższą sytuacją Prokuratura Okręgowa w Warszawie prowadziła, pod sygn. akt VI Ds. 36/09, śledztwo w sprawie nieprawidłowości podczas prowadzonego przez Komendanta Głównego Policji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. W toku prowadzonego śledztwa zwrócono się do (...) w Z. o wyjaśnienie przyczyn zajęcia przez ten instytut odmiennego stanowiska w zakresie spełnienia przez pistolety (...) (...) wymagań określonych w pkt. 4 załącznika do SIWZ w certyfikacie zgodności oraz w opinii na zlecenie Fabryki (...) – R.. Jak w odpowiedzi do prokuratury wskazał (...), oba wydane przez ten instytut dokumenty dotyczyły innego zagadnienia. Certyfikat potwierdzał bowiem przede wszystkim, że pistolety (...) są bezpieczne w użytkowaniu i spełniają reprezentatywne wymagania wyspecyfikowane w opisie przedmiotu zamówienia. Chociaż bowiem pistolety te nie w pełni realizowały funkcje mechanizmów typu (...) lub (...) według ich klasycznej definicji, to jednak ich specyficzny mechanizm spustowy, nazywany semi (...) lub S. A. jest mechanizmem znacznie korzystniejszym. Zastosowany mechanizm powoduje bowiem, że następuje dwuetapowe napinanie iglicy zaopatrzonej we własną sprężynę. Przy każdym przeładowaniu broni następuje częściowe napięcie sprężyny ruchem zamka. Dalsze napięcie i zwolnienie iglicy powodowane jest naciśnięciem na spust, do czego potrzebna jest mniejsza siła nacisku,

niż w tradycyjnych mechanizmach (...) lub (...), przez co zwiększa się celność broni. Ponadto, pistolet ten jest zabezpieczony przez bezpiecznik w postaci języczka wewnątrz spustu, blokujący jego ruch do tyłu i automatyczną blokadę iglicy spustem. Wszystkie zabezpieczenia zostają odblokowane właściwym naciśnięciem języka spustowego w momencie oddania strzału, nie ma więc miejsca na opóźnienie wynikające z potrzeby odbezpieczenia broni, ani też strzału przypadkowego, gdy broń nie była zabezpieczona. Zastosowany w przedmiotowym pistolecie mechanizm nie zmniejsza bezpieczeństwa i funkcjonowania pistoletu.

Sąd ponadto ustalił, iż pistolet (...) jest bronią samopowtarzalną, działającą na zasadzie wykorzystania energii krótkiego odrzutu lufy. Iglica posiada własną sprężynę i jest napinana dwuetapowo. Pierwsze, częściowe napięcie iglicy następuje przy przeładowaniu (ruch wsteczno – powrotny zamka). Drugie, końcowe napięcie i zwolnienie w celu oddania strzału następuje podczas ściągania języka spustowego. Ponadto, (...) posiada trzystopniowy system zabezpieczeń, który pozwala przenosić pistolet z nabojem w komorze nabojeowej i skutecznie uniemożliwia oddanie przypadkowego strzału nawet przy najbardziej ekstremalnym użytkowaniu. Jednocześnie, ponieważ wyłączenie wszystkich zabezpieczeń następuje kolejno podczas ściągania języka spustowego, pistolet ten jest zawsze gotowy do oddania strzału – reagując na zagrożenie, wystarczy przeładować go i można strzelić, a w sytuacji, kiedy nabój wprowadzony jest do komory, wystarczy ściągnąć język spustowy. Przy tym, działanie mechanizmu spustowego, określonego przez producenta jako (...), odpowiada mechanizmowi działania systemu (...) (D. A.), gdyż język spustowy wykonuje tu dwie funkcje: napinania i zwalniania iglicy w celu oddania strzału. Chociaż więc system zastosowany w pistolecie (...) nie stanowi systemu (...) w ścisłym technicznym znaczeniu tego terminu, a to z uwagi na początkowe, częściowe napinanie iglicy poprzez ruch zamka, to jednak, ze względu na to, że cykl napinania iglicy ulega zakończeniu poprzez ruch spustu, system ten jest bliższy systemowi podwójnego działania, tj. (...), aniżeli systemowi pojedynczego działania (SA – (...)). Z tego też względu pistolety (...) (...) są powszechnie, m.in. przez kompetentne w tym zakresie instytucje rządowe w Niemczech i USA, klasyfikowane jako dysponujące mechanizmem podwójnego działania, tj. (...) – D. A..

Sąd oddalił wniosek dowodowy strony powodowej o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków M. Z. i W. K., gdyż zgodnie z wnioskiem dowód z zeznań świadków miałby być przeprowadzony na okoliczność: rodzajów systemów mechanizmów spustowych broni, różnic między poszczególnymi systemami, rodzaju systemu mechanizmu spustowego pistoletu (...) oraz ustalenia, czy mechanizm spustowy tej broni stanowił mechanizm (...). Zdaniem powoda za niecelowe należało uznać powoływanie kolejnych biegłych, natomiast – w jego ocenie – nic nie stało na przeszkodzie do zasięgnięcia – w drodze przesłuchania w charakterze świadków – specjalistycznej opinii pracowników naukowych jednej z najbardziej renomowanych uczelni technicznej w Polsce. Sąd wskazał, iż jedynym miarodajnym i dopuszczalnym przez prawo dowodem w tym zakresie mogła być opinia biegłego. Dowód ten nie mógł być zatem zastąpiony dowodem z zeznań świadków, nawet jeśli świadkowie ci byli w posiadaniu wiadomości specjalnych.

Sąd oddalił również wniosek dowodowy strony powodowej o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oględzin z udziałem biegłego – innego jednak, niż biegły Z. M. – pistoletów posiadających różne systemy mechanizmu spustowo – uderzeniowego, na okoliczność: przedstawienia różnic między poszczególnymi systemami mechanizmów spustowo – uderzeniowych używanych w tego rodzaju broni, ustalenia, jakiego rodzaju mechanizm spustowo – uderzeniowy posiada pistolet (...) (...), a także ustalenia, czy mechanizm spustowo – uderzeniowy pistoletu (...) wypełnia definicję systemu (...), ponieważ okoliczności, na które wskazany dowód miał być przeprowadzony, zostały już dostatecznie wyjaśnione w zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zgłoszony przez stronę powodową wniosek o wyłączenie biegłego Zbigniewa J. M. Sąd oddalił, albowiem powód nie przedstawił żadnych konkretnych okoliczności tego rodzaju, że mogłyby one wywołać uzasadnioną wątpliwość, co do bezstronności biegłego. W ocenie Sądu, zgłoszony wniosek wynikał przede wszystkim z powodu niekorzystnych dla strony powodowej wniosków zawartych w sporządzonej przez biegłego opinii, wraz z opiniami uzupełniającymi.

Jednocześnie za zasadny, Sąd uznał wniosek pozwanej (...) sp. z o.o. o wyłączenie biegłego H. J.. Biegły ten zatrudniony był do dnia 31 marca 2011r. jako funkcjonariusz w stopniu podinspektora w Centralnym Laboratorium Kryminalistycznym Policji, zaś od dnia 13 kwietnia 2011r., po przejściu na emeryturę z dniem 1 kwietnia 2011r.,

rozpoczął pracę w Zakładzie (...) tegoż laboratorium jako pracownik cywilny na etacie specjalisty badawczo – technicznego. Powodowało to, w ocenie Sądu, konieczność jego wyłączenia w oparciu o przepis art. 48 § 1 ust. 1 k.p.c. w zw. z art. 281 k.p.c. Sąd wskazał, iż nawet gdyby teoretycznie uznać, że stosunek prawny, w którym pozostawał biegły, nie był tego rodzaju aby wynik sprawy oddziaływać miał na jego prawa i obowiązki, to nie mogło ulegać wątpliwości, że spełnione wówczas byłyby przesłanki jego wyłączenia z art. 49 k.p.c., gdyż zatrudnienie w Centralnym Laboratorium Kryminalistycznym Policji z pewnością mogłoby wywoływać uzasadnioną wątpliwość, co do bezstronności biegłego.

Przepisy art. 146 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej ustawy – Pzp) uległy bowiem zmianie z dniem 29 stycznia 2010 r., a to na mocy nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Pzp i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778). Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy niewątpliwie znajdowały zastosowanie przepisy powołanego artykułu w brzmieniu dotychczasowym, tj. sprzed wskazanej nowelizacji. Jak bowiem stanowił art. 6 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej, do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie tej ustawy oraz zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem jej wejścia w życie stosuje się przepisy dotychczasowe.

Zgodnie z art. 146 ustawy – Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, umowa jest nieważna m.in., jeżeli zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy (ust. 1 pkt 5) oraz jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które to naruszenie miało wpływ na wynik tego postępowania (ust. 1 pkt 6). Przy tym legitymację dla Prezesa UZP do wystąpienia z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy w przypadku dotknięcia jej wskazanymi wyżej wadami zawierał art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy – Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji.

Sąd I instancji, dokonując merytorycznej oceny powództwa, rozważał, czy w niniejszej sprawie doszło do dokonania przez zamawiającego wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy lub też, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a które to naruszenie miało wpływ na wynik tego postępowania. Sąd uznał, iż spór w niniejszej sprawie koncentrował się wokół kwestii dotyczącej zgodności mechanizmu spustowego zastosowanego w pistolecie (...) z warunkami przewidzianymi w SIWZ, a konkretnie tego, czy zastosowany mechanizm spustowy odpowiadał pojęciom (...) lub (...), co właśnie kwestionowane było przez stronę powodową.

Sąd uznał, iż mechanizm spustowy zastosowany w pistoletach (...) odpowiadał pojęciu podwójnego działania, tj. (...) (D. A.), a to z tego względu, iż język spustowy w tym modelu broni wykonuje dwie funkcje: napinania i zwalniania iglicy w celu oddania strzału. Postępowanie dowodowe wykazało, że system zastosowany w pistolecie (...) nie stanowił co prawda systemu (...) w ścisłym technicznym znaczeniu tego terminu, gdyż początkowe, częściowe napinanie iglicy następowało przez ruch zamka, jednakże, ze względu na to, że cykl napinania iglicy ulegał zakończeniu poprzez ruch spustu, system ten był bliższy systemowi podwójnego działania, tj. (...), aniżeli systemowi pojedynczego działania (SA – (...)). Ponadto pistolety (...) klasyfikowane są powszechnie w obrocie handlowym, m.in. przez instytucje rządowe w Niemczech i USA, jako dysponujące mechanizmem podwójnego działania, tj. (...) – D. A..

Sąd uznał za błędną argumentację strony powodowej wskazującą na obowiązek zamawiającego posługiwania się treścią Polskich Norm. W tej kwestii Sąd odwołał się do treści art. 30 ust. 1 ustawy – Pzp, zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Sąd, posiłkując się poglądem wyrażonym w doktrynie, wskazał, iż odwołanie do norm europejskich jest wyrazem równego traktowania wykonawców z różnych państw członkowskich, zaś na gruncie prawa europejskiego przyjmowane są dyrektywy tzw. nowego podejścia, które określają podstawowe wymogi danego produktu, zwykle koncentrując się na bezpieczeństwie jego użytkowników. Z tego też powodu ustawodawca zrównuje polskie normy przenoszące normy europejskie z normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, pozostawiając wybór zamawiającemu. Sąd, dodatkowo wskazując na pogląd prezentowany w doktrynie zauważył, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości rygorystycznie traktuje przepisy dyrektyw dotyczące używania standardów i norm europejskich w określaniu przedmiotu zamówienia

publicznego, traktując naruszenia tych przepisów jako istotne faktyczne ograniczenie konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o wykonanie zamówienia oraz traktatowej swobody przepływu towarów i usług między krajami Unii Europejskiej.

Sąd I instancji nie podzielił poglądów strony powodowej, jakoby na zamawiającym bezwzględnie spoczywał obowiązek określenia przedmiotu zamówienia wg Polskich Norm. Słusznie w ocenie Sądu Okręgowego biegły uwzględnił również klasyfikację mechanizmu spustowego pistoletu (...) na terenie Niemiec, tj. państwa będącego członkiem UE. Rzecz jasna, gdy chodziło o USA, to Sąd oczywiście dostrzegał, że państwo to znajduje się zarówno poza UE, jak i EOG, jednakże nie można było – zdaniem Sądu – dopatrzeć się nieprawidłowości w uzupełniającym niejako powołaniu się na praktykę przyjętą także i w tym państwie.

Konstatując, Sąd uznał, iż skoro mechanizm spustowy zastosowany w pistoletach(...) odpowiadał pojęciu podwójnego działania, tj. (...) (D. A.), to wywnioskować w konsekwencji należało, iż przedmiot zaskarżonych przez powoda umów odpowiadał treści SIWZ. Za niezasadne w ocenie Sądu orzekającego należało uznać zarzuty Prezesa UZP, jakoby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do dokonania przez zamawiającego wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy czy też, aby w postępowaniu tym doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie - Pzp, a które to naruszenie miało wpływ na wynik tego postępowania.

Z wyrokiem nie zgodził się powód, który zaskarżył orzeczenie w całości i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz o zasądzenie od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, to jest:

1. art. 325 w zw. z art. 316 k.p.c. poprzez faktyczne nierozstrzygnięcie o żądaniach powoda, w szczególności nierozstrzygnięcie o żądaniach powoda objętych dwoma odrębnymi powództwami z dnia 4 listopada 2008 r. zarejestrowanych początkowo pod sygn. akt XXIV C 1813/08 i sygn. akt XXIV C 1814/08 i połączonych do wspólnego rozpoznania pod pierwszą z wymienionych sygnatur oraz poprzez ograniczenie się do oddalenia zaskarżonym wyrokiem bliżej nieokreślonego „powództwa”, co należy uznać za nierozpoznanie przez Sąd istoty sprawy, art. 321 k.p.c. poprzez wyrokowanie co do przedmiotu, który nie był objęty powództwami Prezesa UZP z dnia 4 listopada 2008 r., co przejawiało się wydaniem przez Sąd wyroku w sprawie „oddalenia powództwa o unieważnienie umowy”, podczas, gdy w niniejszym postępowaniu pod sąd poddane zostały dwie odrębne umowy w sprawie zamówienia publicznego, z których każda objęta była innym pozwem,

2. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i wyciągnięcie z opinii biegłego Zbigniewa J. M. wniosków z niej niewynikających, polegających na uznaniu przez Sąd, że z ww. opinii, wynika w sposób jednoznaczny, że pistolet (...) posiada mechanizm spustowo-uderzeniowy zdefiniowany jako (...) (D. A.), a co za tym idzie - że pistolety te spełniały wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na dostawę łącznie 5.709 kompletów nowych, oryginalnych, wyprodukowanych w 2007 r. 9 mm pistoletów samopowtarzalnych, przeprowadzonego przez Komendanta Głównego Policji, co skutkowało oddaleniem powództwa,

3. art. 233 § 1 w zw. z art. 245 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów, a mianowicie uznanie, że przedłożone przez powoda dowody z opinii biegłych z (...) Instytutu (...) w Z. oraz Wydziału (...) w W. nie stanowią dowodu co do tego, że pistolety (...) nie posiadają mechanizmu spustowo-uderzeniowego zdefiniowanego jako (...) (D. A.) albo (...) (D. A. O.), a co za tym idzie – że pistolety te nie spełniały jednego z wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na dostawę łącznie 5.709 kompletów nowych, oryginalnych, wyprodukowanych w 2007 r. 9 mm pistoletów samopowtarzalnych, przeprowadzonego przez Komendanta Głównego Policji, podczas, gdy dowody te, jako dokumenty prywatne stanowią pełnoprawne, samodzielne środki dowodowe i mogą być podstawą

dokonywania ustaleń faktycznych istotnych dla sprawy, zaś Sąd nie wskazał dlaczego opinie te, z uwagi na ich indywidualne cechy bądź określone okoliczności, nie są w sprawie miarodajne,

4. art. 281 § 1 w zw. z art. 48 § 1 pkt 1 k.p.c. poprzez wyłączenie z niniejszego postępowania biegłego H. J. pomimo braku istnienia podstaw do takiego wyłączenia, co skutkowało nieuwzględnieniem przez Sąd sporządzonej przez tego biegłego opinii, art. 281 § 1 w zw. z art. 49 k.p.c. poprzez odmowę wyłączenia z niniejszego postępowania biegłego Zbigniewa J. M. pomimo zaistnienia podstawy do takiego wyłączenia, które przejawiało się w braku bezstronności ww. biegłego w niniejszym postępowaniu, jak również pomimo wykazania przez powoda, że posiadanie przez tego biegłego wiedzy specjalistycznej niezbędnej do wydania opinii w niniejszej sprawie jest, co najmniej wątpliwe,

5. art. 281 § 1 w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez bezpodstawne oddalenie przez Sąd wniosków dowodowych powoda mających zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, a mianowicie wniosku o przesłuchanie w charakterze świadków M. Z. i W. K., pracowników Wydziału (...) w W., jak również wniosku o przeprowadzenie oględzin z udziałem biegłego pistoletów posiadających różne systemy mechanizmu spustowo-uderzeniowego, co uniemożliwiło powodowi wykazanie, że pistolety (...) nie posiadają mechanizmu spustowo- uderzeniowego zdefiniowanego jako (...) (D. A.) albo (...) (D. A. O.),

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

1. art. 30 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umów, których dotyczyło niniejsze postępowanie: Dz. U, z 2006 r., Nr 164, poz. 1163; Nr 170, poz. 1217, Nr 227, poz. 1658; z 2007 r., Nr 64, poz. 427, Nr 82, poz. 560) zwanej dalej „ustawą”, poprzez jego niezastosowanie polegające na uznaniu, że w dacie zawarcia przedmiotowych umów na zamawiającym, czyli pozwanym ad.1 nie spoczywał obowiązek uwzględnienia przy opisie przedmiotu zamówienia Polskich Norm,

2. art. 6 ust 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy- Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1178), zwanej dalej „ustawą zmieniającą”, w zw. z art. 146 ust 1 pkt 5 i 6 ustawy poprzez błędne jego zastosowanie, polegające na stwierdzeniu, że udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy (pозwany ad.2), który złożył ofertę o treści nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie- ofertę podlegającą obligatoryjnemu odrzuceniu, stosownie do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, czego konsekwencją powinno być stosownie do art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy- unieważnienie przedmiotowego postępowania wobec niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, nie stanowi podstawy wystarczającej i zarazem obligującej Sąd do stwierdzenia nieważności umowy (w niniejszej sprawie- dwóch umów) o zamówienie publiczne.

Jednocześnie na podstawie art. 380 k.p.c. apelujący wniósł o rozpoznanie postanowień, które zapadły w toku postępowania, a nie podlegały zaskarżeniu w drodze zażalenia: (1) postanowienia z dnia 24 lutego 2012 r. w przedmiocie wyłączenia biegłego H. J., (2) postanowienia z dnia 8 listopada 2012 r. oddalającego wniosek powoda o przesłuchanie świadków M. Z. i W. K., (3) postanowienia z dnia 22 października 2013 r. oddalającego wniosek powoda o zobowiązanie biegłego Zbigniewa J. M. do udzielenia pisemnej odpowiedzi na pytania powoda, ewentualnie o wezwanie tego biegłego na rozprawę celem udzielenia odpowiedzi na wskazane pytania i wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści sporządzonej przez niego opinii, (4) postanowienia z dnia 22 listopada 2013 r. oddalającego wniosek powoda o wyłączenie biegłego Zbigniewa J. M..

Pozwani, tj. Skarbu Państwa i spółka (...) wnieśli o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Na etapie postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny doręczył odpis apelacji zastępcy procesowemu Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa, która wstąpiła do procesu.

Przedstawiciel pozwanego Skarbu Państwa wskazał na nieważność postępowania przed Sądem I instancji, spowodowaną wadliwą reprezentacją tego pozwanego, ewentualnie na wypadek niepodzielenia przez Sąd Apelacyjny tego stanowiska wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest zasadna ze względu na nieważność postępowania przed Sądem I instancji. Wprawdzie zarzut nieważności postępowania nie został podniesiony w apelacji, jednak z mocy art. 378 § 1 k.p.c. sąd odwoławczy bierze pod uwagę z urzędu nieważność postępowania.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (t.j.: Dz.U. z 2013 r. poz. 1150) w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia pozwów (13 listopada 2008 r.) zastępstwo procesowe Skarbu Państwa przez Prokuratorię Generalną jest obowiązkowe, jeżeli wartość przedmiotu sprawy przewyższa kwotę 1.000.000 zł. W każdej z połączonych spraw wartość przedmiotu sporu, a następnie zaskarżenia, przekracza 1.000.000 zł – łącznie wynosi 8.243.580 zł, co oznacza obligatoryjny udział Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa jako zastępcy procesowego pozwanego Skarbu Państwa. W procesie pozwany Skarb Państwa reprezentowały jego *stationes fisci*, co pozostaje w sprzeczności z przywołanym przepisem. Sąd Okręgowy naruszył tę normę prawną, nie zawiadamiając o procesie Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa, nie doręczając jej odpisów pozwów, żadnych innych dokumentów ani zawiadomień o rozprawach w obu połączonych sprawach. Uchybienie to usunął wprawdzie na etapie postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny w Warszawie, zawiadamiając postanowieniem z dnia 17 grudnia 2014 r. Prokuratorię o toczącym się postępowaniu i rozprawie apelacyjnej oraz doręczając jej odpis apelacji, jednak działanie to nie wywołało skutku wstecznego w postaci sanowania naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa i art. 67 § 2 zd. 2 k.p.c. w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

Podejmowanie czynności procesowych przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa, o czym stanowi art. 67 § 2 k.p.c., polega na zastępstwie procesowym Skarbu Państwa jako strony postępowania sądowego. Zagadnienie konsekwencji prawnych braku tego obligatoryjnego zastępstwa było już przedmiotem analizy judykatury. W wyroku z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 368/10 (LEX nr 785877) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa w zw. z art. 67 § 2 k.p.c., nie powoduje nieważności postępowania z przyczyny określonej w art. 379 pkt 2 k.p.c. Sąd Najwyższy w tym orzeczeniu powołał się na możliwość sanowania na etapie postępowania odwoławczego uchybienia procesowego spowodowanego reprezentowaniem strony przed sądem pierwszej instancji przez wadliwie umocowanego pełnomocnika procesowego, poprzez akceptację przez mocodawcę czynności dokonanych przez tego pełnomocnika. Z uwagi na brzmienie art. 17 ust. 1 ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, dopuszczającej możliwość powierzenia przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa procesowego Skarbu Państwa radcy prawnemu w drodze umowy cywilnoprawnej nie jest bowiem wykluczone, aby w postępowaniu z udziałem Skarbu Państwa, w której udział Prokuratorii Generalnej jest obligatoryjny, mógł występować także radca prawny.

Wedle Sądu Najwyższego niezapewnienie udziału w sprawie Prokuratorii Generalnej, jako obligatoryjnego zastępcy procesowego Skarbu Państwa, może być oceniane jedynie przez pryzmat przesłanki nieważności postępowania określonej w art. 379 pkt 5 k.p.c., tj. pozbawienia strony możliwości obrony swych praw. Wystąpienie tej ostatniej przyczyny nieważności postępowania zależy jednak od oceny konkretnych okoliczności postępowania.

Od stanowiska tego Sąd Najwyższy odszedł w dalszej, jednolitej, linii orzecznictwa. W wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r., IV CSK 403/12 (OSP 2013/11/111, LEX nr 13081151) dokonał analizy art. 67 § 2 k.p.c. W myśl art. 67 § 2 k.p.c. w brzmieniu aktualnym na datę wniesienia pozwów za Skarb Państwa podejmuje czynności procesowe organ państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie, lub organ jednostki nadrzędnej. W zakresie określonym odrębną ustawą za Skarb Państwa czynności procesowe podejmuje Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa.

Art. 67 § 2 zdanie drugie k.p.c. został więc ukształtowany jako wyjątek od ogólnej reguły wyrażonej w zdaniu pierwszym tego przepisu, zgodnie z którą kompetencję do podejmowania czynności procesowych za Skarb Państwa posiada organ państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie, lub organ jednostki nadrzędnej. Z tego powodu w wypadkach określonych przez ustawodawcę - między innymi w art. 8 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa - zastępstwo procesowe Skarbu Państwa może być wykonywane wyłącznie przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa, nie zaś przez organy państwowych jednostek organizacyjnych. Dlatego też Sąd Najwyższy w wymienionym wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r., IV CSK 403/12, stwierdził, że naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz. U. Nr 169, poz. 1417 ze zm.) w związku z art. 67 § 2 zdanie drugie k.p.c. powoduje nieważność postępowania na podstawie art. 379 pkt 2 k.p.c.

Sąd Najwyższy odniósł się w tym orzeczeniu do poglądu wyrażonego w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 368/11, nie akceptując koncepcji, że niewłaściwe umocowanie pełnomocnika Skarbu Państwa to jedynie uchybienie o charakterze procesowym.

Stanowisko zaprezentowane w wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r. zostało potwierdzone wyrokiem z dnia 26 marca 2014 r., V CSK 234/13 (LEX nr 1478718), w którym Sąd Najwyższy ponownie wskazał, że obligatoryjne zastępstwo procesowe Skarbu Państwa może być wykonywane wyłącznie przez Prokuratorię Generalną.

W sprawach będących przedmiotem rozpoznania przez Sąd Najwyższy wyroki korzystne dla Skarbu Państwa zostały uchylone, a postępowanie prowadzone przez sądy powszechne bez udziału Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa - zniesione jako dotknięte nieważnością.

Sąd Apelacyjny podziela aktualne stanowisko prezentowane w przywołanych wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2013 r. i 26 marca 2014 r. Pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r. miałby zastosowanie jedynie w przypadku ustanowienia pełnomocnika procesowego w trybie art. 17 ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, tymczasem w niniejszej sprawie radców prawnych ustanowiły *stationes fisci* Skarbu Państwa. Z mocy zaś art. 17 ustawy o PGSP pełnomocnictwo procesowe może być udzielone wyłącznie przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa, nie zaś przez organ państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie.

Z powyższego wynika, że nikt inny, niż radcowie, Prezes i wiceprezesi Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, a także pełnomocnicy ustanowieni na podstawie art. 17 ustawy o PGSP, nie może podejmować za Skarb Państwa czynności zastępstwa procesowego w sprawach, w których zastępstwo Prokuraturii Generalnej ma charakter obligatoryjny (obowiązkowy lub wyłączny).

Osoba ustanowiona przez organ państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie, w ogóle nie może być pełnomocnikiem w sprawach, w których zastępstwo procesowe Prokuraturii Generalnej ma charakter obowiązkowy lub wyłączny (nie ma w tego rodzaju sprawach zdolności postulacyjnej).

Jak zaś wynika z uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2008 r., III CZP 154/07 (OSNC 2008/12/133, Prok.i Pr.-wkł. 2009/11-12/51, Biul.SN 2008/7/5, M.Prawn. 2008/21/1152), występowanie w charakterze pełnomocnika procesowego osoby, która nie może być pełnomocnikiem, oznacza brak należytego umocowania powodujący nieważność postępowania (art. 379 pkt 2 k.p.c.) (tak też: Marcin Dziurda, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2013 r., IV CSK 403/12).

W konsekwencji stwierdzić należało, że postępowanie w połączonych sprawach z powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotknięte było nieważnością z mocy art. 379 pkt 2 k.p.c. ze względu na wadliwe umocowanie pełnomocnika Skarbu Państwa.

Wniosek pozwanej spółki (...) o zobowiązanie jednostek organizacyjnych Skarbu Państwa do potwierdzenia czynności dokonanych przez ustanowionych przez nie pełnomocników podlegał oddaleniu.

Jakkolwiek w przeszłości judykatura dopuszczała możliwość zatwierdzenia czynności wadliwie umocowanego pełnomocnika procesowego, to w aktualnym orzecznictwie Sądu Najwyższego nadal uznaje się za dopuszczalne zatwierdzanie czynności przez stronę jedynie w odniesieniu do działania osoby mogącej być pełnomocnikiem, a nielegitymującej się pełnomocnictwem udzielonym przez stronę (por. uzasadnienia postanowień z dnia 29 września 1998 r., II CKN 529/99, niepubl. i z dnia 18 listopada 2005 r., IV CZ 112/05, LEX nr 1607511, wyroków z dnia 10 sierpnia 2000 r., IV CKN 1137/00, LEX nr 530702 oraz uchwały z dnia 28 lipca 2004r., III CZP 32/04, OSNC 2006/1/2, OSP 2007/6/69, Wokanda 2005/2/2, Biul.SN 2004/7/8, Wokanda 2004/10/10). Zasadnicza zmiana polega na tym, że obecnie Sąd Najwyższy odrzuca, wyraźnie i jednolicie, możliwość zatwierdzenia czynności dokonanych przez osobę niemogącą w świetle ustawy procesowej być pełnomocnikiem strony w postępowaniu cywilnym. Taki pogląd zdecydowanie przeważa też w nowszym piśmiennictwie.

W uzasadnieniu wymienionej wyżej uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2008 r., III CZP 154/07, stwierdzono, że akceptacja zatwierdzania czynności dokonanych przez osobę, która nie wykazała umocowania, nie uzasadnia dopuszczenia takiej możliwości w sytuacji, jaką jest występowanie w charakterze pełnomocnika osoby, której ustawa na to nie pozwala. W tym wypadku uchybienie polega na naruszeniu bezwzględnie obowiązujących przepisów określających, kto może być pełnomocnikiem procesowym w postępowaniu cywilnym. Osoba, której ustawa nie przyznaje zdolności postulacyjnej, nie może być dopuszczona do działania na jakimkolwiek etapie postępowania; nie może jej na to zezwolić sąd, a przeszkody tej nie może usunąć wola strony. Braku określonej cechy, wymaganej dla przypisania podmiotowi zdolności postulacyjnej, nie da się, w odróżnieniu od braku pełnomocnictwa, usunąć, gdyż nie jest to brak przejściowy, usuwalny. O ile przy pierwszej postaci niewłaściwego umocowania strona może danej osobie udzielić pełnomocnictwa i jednocześnie, w związku z tym umocowaniem, rozciągnąć jego skutki na wcześniejsze - dokonane przed jego udzieleniem - czynności przez ich potwierdzenie, o tyle w drugim wypadku na żadnym etapie postępowania pełnomocnictwo nie może być w ogóle skutecznie udzielone przez stronę i przyjęte przez sąd, a tym samym nie może dojść do zatwierdzenia wcześniejszych czynności „pełnomocnika”.

Dopuszczenie do zatwierdzania czynności dokonanych przez osobę, której ustawa nie zezwala na podejmowanie czynności procesowych w imieniu strony, byłoby równoznaczne z niestosowaniem przepisów wyczerpująco określających krąg podmiotów wyposażonych w uprawnienie do reprezentowania strony w postępowaniu cywilnym. Nie chodziłoby tu zatem jedynie o zgodę na naprawienie jednostkowej, niezgodnej z prawem czynności, ale o zgodę na generalne dopuszczenie możliwości „legalizowania” sytuacji, której - pozostając w zgodzie z przepisami - naprawić się nie da. Przyjęcie możliwości zatwierdzania czynności dokonywanych przez osoby niedopuszczone przez ustawę do pełnienia roli pełnomocnika procesowego byłoby w istocie udzieloną a priori zgodą na naruszanie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa procesowego.

Znaczenie, jakie ustawa przywiązuje do prawidłowej reprezentacji strony, wyraża się w uznaniu braku należytej reprezentacji za przyczynę nieważności postępowania. Podobnie, jak przy innych przyczynach nieważności, uchybienie w zakresie należytej reprezentacji nie podlega badaniu pod kątem wpływu uchybienia na przebieg i wynik sprawy. Z tego względu błędny jest pogląd, jakoby brak należytego umocowania pełnomocnika strony prowadził do nieważności tylko wtedy, gdy w jego konsekwencji doszło do istotnego naruszenia praw procesowych strony, co nie zachodzi w przypadku zaakceptowania przez stronę czynności nieuprawnionego pełnomocnika.

Ponieważ co do zasady jednostki organizacyjne Skarbu Państwa nie mogły skutecznie ustanowić pełnomocników procesowych z uwagi na obligatoryjne zastępstwo procesowe Skarbu Państwa, nie jest dopuszczalne potwierdzenie przez nie czynności zdziałanych przez tych pełnomocników. Takie też stanowisko zajął właściwie umocowany przedstawiciel Skarbu Państwa – Prokurator Generalna Skarbu Państwa.

Ubocznie odnosząc się do zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c., zgłoszonego po rozpoznaniu powyższego wniosku przez pełnomocnika spółki (...), zauważyć trzeba, że wbrew jego pogładowi kwestia reprezentacji strony w procesie nie jest zagadnieniem z zakresu postępowania dowodowego.

Z mocy art. 386 § 2 k.p.c. w razie stwierdzenia nieważności postępowania sąd drugiej instancji uchyla zaskarżony wyrok, znosi postępowanie w zakresie dotkniętym nieważnością i przekazuje sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

W niniejszej sprawie dostrzeżony brak należytego umocowania pełnomocnika strony powodowej występował w całym postępowaniu przed Sądem Okręgowym, stąd konieczność jego zniesienia w całości.

Wobec zniesienia postępowania w całości bezprzedmiotowe stało się analizowanie zarzutów zawartych w apelacji.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na mocy art. 386 § 2 k.p.c. i art. 108 § 2 k.p.c.