

POSTANOWENIE
z dnia 6 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 6 czerwca 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2011r. przez **Odwołującego** Landis + Gyr Sp. z o.o., 02-468 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 212 w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** EnergiaPro S.A, 53-314 Wrocław, Pl. Powstańców Śląskich 20

przy udziale **Przystępującego po stronie Zamawiającego** ELSTER Kent Metering Sp. z o.o., 95-100 Zgierz, ul. Szczawińska 42c

postanawia:

1. odrzucić odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** Landis + Gyr Sp. z o.o., 02-468 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 212 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie złotych: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez **Odwołującego** Landis + Gyr Sp. z o.o., 02-468 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 212 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** Landis + Gyr Sp. z o.o., 02-468 Warszawa, Aleje EnergiaPro S.A, 53-314 Wrocław, pl. Jerozolimskie 212 na rzecz

Zamawiającego

Powstańców Śląskich 20 kwotę 3600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą

1

uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodnicząca:

2

Uzasadnienie

W dniu 27 maja 2011r. Landis + Gyr Sp. z o.o., 02-468 Warszawa, Aleje Jerozolimskie 212 zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie.

Odwołanie zostało wniesione w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę liczników przemysłowych i bilansowych na potrzeby EnergiaPro S.A., które zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.03.2011r. pod poz.2011/S 52-085706.

Odwołujący zaskarżył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w tym postępowaniu przez EnergiaPro S.A. pl. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław zwany dalej „Zamawiającym”.

W dniu 1 czerwca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany to jest Elster Kent Metering sp. z o.o. ul. Szczawińska 42 c 95-100 Zgierz zwany dalej „Przystępującym pod stronie Zamawiającego”.

W dniu 3 czerwca 2011r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „Ustawą Pzp” podnosząc, że Odwołujący jako podwykonawca jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania, ponieważ występuje w bezpośrednich relacjach prawnych z wykonawcą, a nie z zamawiającym.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła co następuje

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący zawarł umowę ze spółką Energia pro Pomiar sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, która to spółka złożyła ofertę Zamawiającemu w przetargu nieograniczonym, na dostawę liczników w związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie w doręczonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia jak i okazały się bezsporne pomiędzy stronami w dniu 6 czerwca 2011r. na posiedzeniu z udziałem stron.

3

Sygn. akt KIO 1117/11

Odwołujący w czasie posiedzenia, po zapoznaniu się z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu.

Na poparcie twierdzenia, że jako podwykonawca jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, powołał się na zmianę treści art. 179 ust.1 ustawy Pzp oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010r. o Sygn. akt KIO/UZP 1983/09 zamieszczony w zielonym zeszycie nr 6 wydanie grudzień 2010r.

Zamawiający i popierający Przystępujący pod stronie Zamawiającego wnosili o odrzucenie odwołania motywując, że ostatnie zmiany treści art. 179 ust.1 ustawy Pzp nie dają uprawnienia podwykonawcom do wnoszenia odwołania.

Izba zważyła co następuje

Ustawą z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw zwaną „dużą nowelizacją” wprowadzono zmianę dotychczasowego brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ”Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy” na następujące brzmienie: „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym, dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.”

Nowa redakcja wyżej cytowanego przepisu art.179 ust.1 ustawy Pzp wprowadziła zamiast pojęcia „interesu prawnego” pojęcie „interesu”, co odpowiada formule pojęcia „interesu” użytego w artykułach 1 ust.3 zmienionej Dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG, Dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007r.

Powyższa zmiana „interesu prawnego” na „interes” nie zmienia faktu, że interes wykonawcy nadal wynika z normy prawa, w tym wypadku ustawy Prawo zamówień publicznych. Bowiem jak wynika z art. 180 ust.1 i również z art. 179 ust.1 odwołanie przysługuje wyłącznie w sytuacji niezgodnej z przepisami czynności lub brakiem czynności po stronie zamawiającego (art.180 ust.1) czyli wynika z naruszenia przepisów ustawy Pzp (art.179 ust.1).

Użycie w Dyrektywach nie zdefiniowanego rodzajowo interesu uwzględnia prawodawstwa krajowe, które regulują rodzaje interesów, które uprawniają do skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej. Postępowanie odwoławcze w sprawach zamówień publicznych

4

Sygn. akt KIO 1117/11

jest postępowaniem o charakterze cywilnym (art. 14 ustawy Pzp). Z kolei procedura cywilna zna pojęcia interesu prawnego (np.:art.76 k.p.c.- interwencja uboczna czy art.189 k.p.c.- powództwo o ustalenie) czy interesu społecznego (art.7k.p.c.- udział w postępowaniu prokuratora).

Doktryna w zakresie interesu prawnego między innymi stwierdza” Pojęcie interesu prawnego, występującego w przepisach kpc nie jest ustawowo określone. Wyjaśnia go doktryna i judykatura.(...) Najogólniej ujmując, interes prawny jest to taki interes, który wiąże się ze sferą prawną danego podmiotu(...). Kodeks postępowania cywilnego Komentarz do art.1-336 Tom I red. prof. dr. hab. Kazimierz Piasecki Rok wydania 2010 Wydawnictwo C.H Beck Wyd.5.

W związku z powyższym w ocenie Izby użycie w art.179 ust.1 ustawy Pzp pojęcia „interesu” zamiast „interesu prawnego” nie rodzi nowego uprawnienia podmiotowego do składania środków ochrony prawnej to jest uprawnienia dla „podwykonawcy”, który nie jest stroną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a którymi są wykonawca (art.2 pkt 11 ustawy Pzp – ilekroć w ustawie jest mowa o Wykonawcy- należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego) lub potencjalny wykonawca (art. 179 ust.1 ustawy Pzp – środki ochrony prawnej przysługują (...) także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia) i zamawiający (art.2 pkt 12 ustawy Pzp - ilekroć w ustawie jest mowa o zamawiającym- należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej obowiązującą do stosowania ustawy).

Reasumując w świetle obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych stronami w postępowaniu odwoławczym pozostają wykonawca zdefiniowany w wyżej cytowanym art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, potencjalny wykonawca (zdefiniowany w art. 179 ust.1 ustawy Pzp jako „inny podmiot” w praktyce postępowania o udzielenie zamówienia publicznego aktywujący się np.:w zaskarżeniu ogłoszenia o zamówieniu, zaskarżeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaskarżeniu wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego) i zamawiający.

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje uczestników postępowania odwoławczego, ale status przystępującego ogranicza stricte do wykonawcy czyli osoby co najmniej ubiegającej się o udzielenie zamówienia (art.185 ust.2 ustawy Pzp – Wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego (...)).

Dopuszczenie podwykonawcy do samodzielnego wytoczenia odwołania nie znajduje również

5

Sygn. akt KIO 1117/11

uzasadnienia racjonalnego, ponieważ takie działanie podwykonawcy może naruszać interes wykonawcy, któremu „przysługuje złożenie odwołania” (art. 179 ust.1 i art. 180 ust.1 ustawy Pzp) co należy rozumieć jako prawo, a nie obowiązek składania odwołania.

Przy uwzględnieniu, iż interes wykonawcy nie jest tożsamy z interesem podwykonawcy, danie prawa podwykonawcy do samodzielnego wytoczenia powództwa przeciwko zamawiającemu (złożenie odwołania) naruszyłoby suwerenność decyzji wykonawcy co do zaskarżenia bądź odstąpienia od zaskarżenia czynności lub zaniechania zamawiającego, nawet dokonanych z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dopóki art. 179 ust.1 ustawy Pzp nie formułuje prawa podwykonawcy wykonującego całość zamówienia objętego ofertą wykonawcy do złożenia odwołania od czynności lub zaniechania zamawiającego z naruszeniem ustawy Pzp, podwykonawca nie może złożyć jako suwerenny

podmiot odwołania.

Odnosząc się do uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010r. w sprawie o Sygn. akt KIO/UZP 1983/09 przywoływanego przez Odwołującego, to należy zaznaczyć, że nastąpiło ono pod rządami poprzednio obowiązującego stanu prawnego art.179 ust.1 ustawy Pzp oraz wskazuje się w nim na interes faktyczny, majątkowy czy ekonomiczny, który nie jest regulowany ani w prawie cywilnym, ani w doktrynie oraz również w orzecznictwie w sprawach rozpoznawanych po ostatniej zmianie brzmienia art.179 ust.1 ustawy Pzp.

Poza tym przywołane uzasadnienie Wyroku nie stanowi źródła prawa i nie może stanowić przesłanki do nie odrzucenia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji postanowienia uznając Odwołującego za podmiot nieuprawniony do wniesienia odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1i pkt 2 lit.b w związku z § 5ust.3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000,00 zł. i zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego na podstawie przedłożonej faktury vat maksymalnie przewidzianą kwotę 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

6

Sygn. akt KIO 1117/11

Izba nie uwzględniła zgłoszonych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego po stronie Zamawiającego z uwagi na normę § 5 ust.3 wyżej wymienionego Rozporządzenia odwoławczego, który otrzymuje koszty o których mowa w § 3 pkt 2 wyżej wymienionego Rozporządzenia tylko i wyłącznie, jeżeli wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a co nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Przewodnicząca:

7