

ODPIS

2U08 -09- 1 1

WYROK

IU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 lipca 2008 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Oskar Rudziński

Sędziowie: SO Bożena Miskowicz

SO Maja Smóderk

Protokolant: Kamila Bętkowska

po rozpoznaniu w dniu 21 lipca 2008 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania Konsorcjum: Bumar Sp. z o. o. w Warszawie i Nuctech Company Limited w Chinach

przeciwko zamawiającemu Ministerstwu Finansów

z udziałem interwenienta ubocznego Rapiscan Systems Limited w Wielkiej Brytanii

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Konsorcjum: Bumar Sp. z o. o. w Warszawie i Nuctech Company Limited w Chinach

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 9 maja 2008r., sygn. akt. KIO/UZP 396/08

1. oddala skargę;

2. zasądza od Konsorcjum: Bumar Sp. z o. o. w Warszawie i Nuctech Company Limited w

Chinach na rzecz Rapiscan Systems Limited w Wielkiej Brytanii kwotę 1200 (tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

**Na oryginale właściwe podpisy
Za**

ODPIS

x_

akt V Ca 1174/08

Uzasadnienie

Ir /«

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający - Ministerstwo Finansów dokonał w dniu 17 grudnia 2007 roku wyboru najkorzystniejszej oferty zawiadamiając o tej czynności wykonawców, w tym Odwołującego w niniejszym postępowaniu przed sądem- Konsorcjum firm: Nuctech Company Limited i BUMAR Sp. z o.o. w Warszawie, którego ofertę wybrano. Na czynność wyboru został w dniu 24 grudnia 2007 roku złożony przez jednego z uczestników protest. Odwołujący do prowadzonego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, toczącym się w wyniku wniesienia protestu, mimo iż miał interes prawny w przystąpieniu do tego postępowania w celu dowodzenia słuszności wyboru jego oferty, z instytucji tej skutecznie nie skorzystał. Powyższe postępowanie (sygn. KIO/UZP14/08) zostało rozstrzygnięte w dniu 6 lutego 2008 roku, poprzez wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku, zgodnie z którym nakazano unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

W dniu 4 kwietnia 2008 roku Zamawiający przesłał do wykonawców pismo, w którym poinformował, iż unieważniono wybór najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum, powtórzono czynność badania i oceny ofert, jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Rapiscan Systems Limited, Konsorcjum Nuctech Company Limited i BUMAR Sp. z o.o. w Warszawie zostało wykluczone z postępowania w związku z brakiem właściwego ustanowienia pełnomocnika Konsorcjum, oferta Konsorcjum została odrzucona jako niezgodna z ustawą i nieważna na podstawie odrębnych przepisów - złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Protest złożony przez Konsorcjum Nuctech Company Limited i BUMAR Sp. z o.o. w Warszawie na tą czynność został przez Zamawiającego odrzucony z powołaniem przepisu art. 181 ust 6 Ustawy, jako wniesiony na czynności wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Na powyższą czynność Zamawiającego Konsorcjum złożyło Odwołanie, które zostało odrzucone przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, iż

w konsekwencji braku zgłoszenia przystąpienia do postępowania wywołanego protestem uczestnika z dnia 24 grudnia 2007 roku, Odwołujący nie mógł stać się uczestnikiem

Cel postępowania odwoławczego i dowodzić podstaw odrzucenia ofert konkurencyjnych. W: Położone obecnie zarzuty w stosunku do oferty Przystępującego i kolejnego wykonawcy są

one i nie mogą być rozpatrzone merytorycznie (art. 187 ust. 4 pkt 4).

Skład orzekający wziął także pod uwagę sposób rozstrzygnięcia dokonany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 6 lutego 2008 r. w którym orzekła ona co do podniesionych zarzutów, zawierając rozstrzygnięcie w wydanym wyroku, tj. zarówno w treści sentencji, jak i w uzasadnieniu, a co za tym idzie nastąpiło ostateczne rozstrzygnięcie protestu w rozumieniu art. 182 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 181 ust. 6 ustawy a Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert zgodnie z tym rozstrzygnięciem. Podniósł także, że uzasadnienie wyroku wydanego w wyniku postępowania odwoławczego uregulowanego Prawem zamówień publicznych może zawierać określone oceny i nakazy skierowane do Zamawiającego stanowiąc rozwinięcie i sprecyzowanie rozstrzygnięć ujętych w sentencji. Dlatego też Zamawiający dokonał czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z powołanym wyrokiem KIO z dnia 6 lutego 2008 r. stanowiącym ostateczne rozstrzygnięcie protestu. Skład orzekający nie przychylił się do stanowiska Odwołującego, jakoby Zamawiający był zobowiązany wezwać, w toku powtórnego badania oferty Odwołującego, do potwierdzenia zakresu umocowania pełnomocnika wykonawcy. Zgodnie z art. 87 ust. 1 w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w tym ustalenia poprawności reprezentacji podmiotu, Uprawnienia tego nie można utożsamiać z obowiązkiem wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i przepisach wykonawczych.

Biorąc pod uwagę, że odwołanie zostało złożone przez wykonawcę wezwanego zgodnie z art. 181 ust 3 ustawy, a dotyczy czynności wyboru oferty dokonanej przez Zamawiającego zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 187 ust 4 pkt 4 i 6) ustawy - Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na powyższe postanowienie co do odrzucenia odwołania złożył skargę Odwołujący - Konsorcjum spółek w składzie: Nucotech Company Limited z siedzibą w Pekinie oraz Bumar sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zarzucając mu naruszenie przepisu art. 181 ust. 6 ustawy poprzez błędny wykładnię.

Jednocześnie, Konsorcjum podtrzymało zarzuty zawarte w Protestie i w Odwołaniu, strygnięciu Protestu przez Zamawiającego zarzucono naruszenie art. 180 ust. 7 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie Protestu, jako rzekomo niedopuszczalnego na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy, tj. wniesionego na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z

ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z 24 grudnia 2007 roku.

Ponadto, zaskarżonemu postanowieniu zarzucono nierozpoznanie istoty sprawy poprzez nieodniesienie się do zarzutów merytorycznych Konsorcjum dotyczących naruszenia:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - poprzez jego bezpodstawne powołanie, jako podstawy prawnej wykluczenia Konsorcjum;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1, 5 i 8 ustawy - poprzez ich bezpodstawne powołanie jako podstawy prawnej odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum;
3. art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy - poprzez zaniechanie podania uzasadnienia prawnego oraz faktycznego do podjętej przez siebie decyzji;

4. art. 65 § 1 k.c. - poprzez nieprzeprowadzenie wykładni treści oświadczenia woli - pełnomocnictwa z 8 października 2007 roku udzielonego przez Pana Rong Yonglin Panu Yuan Younzhong;
5. art. 103 k.c., art. 104 zd. 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy - poprzez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum z wnioskiem o potwierdzenie umocowania pełnomocnika;
6. art. 180 ust. 1 w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy - poprzez uniemożliwienie dokonania kontroli instancyjnej w wyniku zaniechania podania uzasadnienia faktycznego oraz prawnego wykluczenia Konsorcjum z postępowania (i odrzucenia jego oferty);
7. art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy - poprzez nieprawidłowe wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 6 lutego 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP-14/08).

W tym zakresie Konsorcjum podtrzymuje wszystkie swoje zarzuty i wnioski zawarte we wniesionym przez siebie odwołaniu.

Wskazując na powyższe uchybienia, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia, ewentualnie o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i unieważnienie czynności zamawiającego z 4 kwietnia 2008 roku polegających na: (1) wykluczeniu Konsorcjum z postępowania, (2) odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum oraz (3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Rapiscan Systems Ltd., oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania oraz oceny złożonych ofert i wykluczenie, względnie odrzucenie ofert złożonych przez Rapiscan Systems Ltd. oraz Smiths Heimann GmbH.

Z ostrożności procesowej - na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków - cy wniósł również o zmianę zaskarżonego postanowienia i unieważnienie postępowania ^powodu naruszenia w jego toku tajemnicy przedsiębiorstwa Bumar sp. z o.o. oraz Nuctech Company Limited - poprzez ujawnienie przedstawicielom Rapiscan Systems Ltd. dokumentów Protestujących objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, co skutkuje tym, iż postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy).

Konsorcjum wniosło także o zasądzenie na rzecz skarżącego od przeciwnika skargi kosztów postępowania z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego - według norm przepisanych.

W odpowiedzi na powyższą skargę uczestnik postępowania Rapiscan Systems Limited X-Ray Mouse Bonehurst Road Salfords, Surrey RH1 5 GG, United Kingdom wniósł o odrzucenie skargi wniesionej przez Konsorcjum, ewentualnie o oddalenie skargi z uwagi na brak interesu prawnego Skarżącego do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu ustawy, oddalenie skargi wniesionej przez Konsorcjum na podstawie art. 198 ust. 2 pzp jako bezzasadnej i obciążenie Konsorcjum kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym i zasądzenie ich od Konsorcjum na rzecz Uczestnika, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

W niniejszej sprawie zamawiający w dniu 1 października 2007 roku wszczął postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę czterech przewoźnych urządzeń rentgenowskich do prześwietlania pojazdów i kontenerów dla grup mobilnych prowadzonego”, Dz.Urz. UE. 2007/S 190-23 1335 z dnia 2007/10/03.

W dniu 17 grudnia 2007 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zawiadamiając o tej czynności wykonawców, w tym skarżącego - Konsorcjum firm: Nuctech Company Limited i BUMAR Sp. z o.o. w Warszawie, którego ofertę wybrano. Na czynność

wyboru wykonawca - Rapiscan Systems Limited, w dniu 24 grudnia 2007 roku złożył protest (oddalony w dniu 31 grudnia 2007 roku) a następnie odwołanie (w dniu 4 stycznia 2007 roku). Do postępowanie tego skarżący nie przystąpił.

W dniu 6 lutego 2008 roku Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok uwzględniający odwołanie i nakazała unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała

powtórzenie czynności badania i oceny ofert w uzasadnieniu podnosząc, iż w ofercie Konsorcjum wystąpiły braki w pełnomocnictwie, a co za tym idzie stanowiło to przesłankę obrzucenia oferty, jako złożonej przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania Konsorcjum.

Należy stwierdzić, iż informując o wniesieniu protestu, zamawiający jednocześnie wzywa wykonawców do wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu protestacyjnym. Uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron i którzy przystąpili do postępowania protestacyjnego w terminie trzech dni od dnia otrzymania wezwania. Wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu protestacyjnym nie może następnie skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego, wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Zakaz ponownego wnoszenia protestu z powołaniem się na te same okoliczności dotyczy nie tylko samego protestującego, ale także każdego z wykonawców wezwanych do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Zatem także w sytuacji, gdy dana czynność będąca przedmiotem protestu jest dokonana po myśli danego wykonawcy (np. wybór oferty najkorzystniejszej), traci on prawo oprostowania ponownej czynności oceny ofert, będącej skutkiem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, jeżeli nie przystąpił do postępowania protestacyjnego. Jeżeli natomiast protest wykonawcy na wybór oferty najkorzystniejszej zostanie ostatecznie rozstrzygnięty (bądź na etapie protestu, bądź na etapie odwołania) poprzez jego uwzględnienie, to wykonawca, który złożył ofertę pierwotnie uznaną za najkorzystniejszą nie może protestować na czynność zamawiającego (ponowną ocenę ofert), wykonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku

wniesienia protestu (art. 181 ust. 6 p.z.p.).

Odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 p.z.p. jest logicznym następstwem wprowadzenia art. 181 ust. 6 p.z.p. Czynność wykonana w rezultacie ostatecznego rozstrzygnięcia protestu będącego zastępstwem protestu wniesionego przez danego wykonawcę nie może być następnie przez niego kwestionowana. Ten sam zakaz dotyczy wykonawcy wezwanego do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia protestu.

Pamiętać należy, iż ostateczne rozstrzygnięcie protestu, w zależności od zaistniałego w postępowaniu stanu faktycznego, może nastąpić zarówno na etapie protestu, jak i odwołania, a w pewnych przypadkach dopiero skargi do sądu (por. art. 182 ust. 2). W związku z

powyższym, jeżeli zamawiający nie uwzględnił jego protestu na daną czynność, a wykonawca

, * < i

też wniósł odwołania od rozstrzygnięcia protestu, to nawet gdyby inny wykonawca wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w wyniku rozpoznania którego Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu powtórzenie tej czynności, to wykonawca taki nie miałby prawa do wniesienia protestu na czynność wykonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Gdyby jednak pomimo to wniósł protest, to jego odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego w takich okolicznościach podlegałoby odrzuceniu.

Regulacja ta ustanawia swego rodzaju stan powagi rzeczy osądzonej w odniesieniu do czynności wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Regulacja ta ma zapobiec powtarzającym się postępowaniom odwoławczym w odniesieniu do tej samej czynności zamawiającego.

W związku z powyższym należy uznać, iż Krajowa Izba Odwoławcza słusznie odrzuciła odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt. 4 i 6 p.z.p. gdyż zarówno protest jak i odwołanie Konsorcjum były złożone po terminie. Skarżący powinien bowiem przystąpić do protestu z dnia 24 grudnia 2007 roku i wówczas podnosić kwestie związane z prawidłowym umocowaniem. Konsorcjum tego nie uczyniło, dlatego też obecnie nie może występować protestem, opierając go na tych samych przesłankach, które już uprzednio były przedmiotem analizy i oceny.

Z tych wszystkich względów na podstawie art. 198 ust. 2 p.z.p. orzeczono jak w sentencji, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania opierając na zasadzie art. 194 ust. 2 p.z.p. w związku z art. 98 k.p.c.

Za zgodność

Na oryginale właściwe podpisy

REF

.ŻYSTA

Kanra/a Bętkowska