

POSTANOWIENIE

Dnia 20 sierpnia 2009 roku

SĄD OKRĘGOWY W ŁODZI X WYDZIAŁ GOSPODARCZY

w składzie następującym:

Przewodniczący: S.S.O. K. Wójcik (spr.)

Sędziowie: S.S.O. E. Kulesza S.S.O. D. Ochalska - Gola

Protokolant: st. sekr. B. Kołaczyńska

po rozpoznaniu w dniu 20 sierpnia 2009 roku w Łodzi

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy: Konsorcjum firm: Porr (Polska) Spółki Akcyjnej w Warszawie oraz Porr Projekt und Hochbau AG z siedzibą w Wiedniu

z udziałem zamawiającego: Portu Lotniczego Łódź im. Władysława Reymonta spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi

oraz przystępujących po stronie zamawiającego: HOCHTIEF Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Warbud Spółki Akcyjnej w Warszawie, HOCHTIEF Construction AG w Essen (Niemcy)

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2009r. w sprawie

sygn. akt KIO/UZP 796/09

postanawia:

1. oddalić skargę,
2. zasądzić solidarnie od Porr (Polska) Spółki Akcyjnej w Warszawie oraz Porr Projekt und Hochbau AG z siedzibą w Wiedniu na rzecz Portu Lotniczego Łódź im. Władysława Reymonta spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi kwotę 1.817 zł (jeden tysiąc osiemset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym,
3. zasądzić solidarnie od Porr (Polska) Spółki Akcyjnej w Warszawie oraz Porr Projekt und Hochbau AG z siedzibą w Wiedniu na rzecz solidarnie

HOCHTIEF Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w
Warszawie, Warbud Spółki Akcyjnej w Warszawie, HOCHTIEF
Construction AG w Essen (Niemcy) kwotę 2.717 zł (dwa tysiące

siedemset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa
procesowego w postępowaniu odwoławczym.

Sygn. akt X Ga 258/09

UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 7 lipca 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie w sprawie sygn. akt KIO/UZP 796/09 odrzuciła odwołanie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr (Polska) S.A. w Warszawie i Porr Projekt Und Hochbau w Wiedniu (Austria) od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - Port Lotniczy Łódź im. Władysława Reymonta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi protestu z dnia 29 maja 2009r.. przy udziale wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HOCHTIEF Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Warbud Spółki Akcyjnej w Warszawie. HOCHTIEF Construction AG w Essen (Niemcy), którzy zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W uzasadnieniu orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza między innymi podkreśliła, że przy rozpoznawaniu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą nie stosuje się przepisów i zasad wynikających z Kodeksu postępowania cywilnego, gdyż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem uregulowanym odrębnymi przepisami, tj. ustawą Prawo zamówień publicznych oraz wydanym na jej podstawie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Jedynie gdy ustawa Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej - odpowiednio stosuje się przepisy ustawy Kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym). Ustawa Prawo zamówień publicznych w specyficzny dla siebie sposób uregulowała zagadnienie przekazania kopii odwołania zamawiającemu oraz przesłanki odrzucenia odwołania przez Izbę. Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie zaś z przepisem art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu

Zamówień Publicznych w ciągu 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu na jego rozstrzygnięcie jednocześnie przekazując kopię treści tego odwołania zamawiającemu. W świetle powyższego przepisu termin ten jest zachowany, jeżeli odwołanie zostanie złożone w placówce pocztowej operatora publicznego. Jednak zastrzeżenie to dotyczy wyłącznie przekazania odwołania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, a nie kopii tego odwołania zamawiającemu. Krajowa Izba odwołała się tu do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt: V Ca 117/07). w którym Sąd stwierdził, iż: „mając na uwadze ogólną zasadę rządzącą postępowaniem o zamówienie publiczne, tj. szybkość i cel jakiemu służy powiadomienie zamawiającego o odwołaniu, tj. po pierwsze konieczność poinformowania o jego treści innych zainteresowanych - wykonawców; po drugie jak najszybsze powzięcie wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą najkorzystniejszej oferty, w ocenie Sądu Okręgowego, zachowaniu terminu na

przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia tego odwołania dotrze do Zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Jak wynika z zapisu ustawy skuteczność zachowania terminu poprzez złożenie w placówce operatora publicznego zastrzeżona jest wyłącznie dla wniesienia odwołania, zapis ten pozostał w niezmienionym brzmieniu mimo zmiany treści przywołanego artykułu w 2006 r. Taka możliwość nie została wprost przewidziana dla powiadomienia Zamawiającego, co nie znaczy, że jest niedopuszczalna i wykluczona. Składający odwołanie może jego kopię nadać do Zamawiającego pocztą, jednak by uznać za spełniony warunek określony w przepisie, do wiadomości adresata musi ona dotrzeć w czasie przewidzianym ustawą pzp dla jego wniesienia, czyli 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu", (w tym stanie faktycznym - 10 dni, lecz zmiana przepisu dotycząca długości terminu wniesienia odwołania, nie zmienia samej zasady przekazania jego kopii). Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że stanowisko to zostało jednoznacznie przyjęte w orzecznictwie i piśmiennictwie.

Skargę na powyższe postanowienie złożyło Konsorcjum firm: Porr (Polska) Spółki Akcyjnej w Warszawie oraz Porr Projekt und Hochbau AG z siedzibą w Wiedniu.

Zaskarżonemu orzeczeniu skarżący zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, a w szczególności przepisu art. 187 ust. 4 pkt 7 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie na jego podstawie odwołania wniesionego przez skarżącego.
2. naruszenie przepisów postępowania, a w szczególności przepisu art. 184 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię skutkującą uznaniem, że przepis ten wymaga doręczenia kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania,
3. w wyniku powyższego - naruszenie przepisu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych poprzez bezpodstawne uniemożliwienie skarżącemu skorzystania z przysługującego mu prawa do sądu.

W związku z powyższym wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości i orzeczenie przez Sąd wyrokiem co do istoty sprawy,
2. przeprowadzenie rozprawy także pod nieobecność skarżącego.
3. zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi, skarżący między innymi podkreślił, że zaprezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą wykładnia przepisu art. 184 ust. 2 oraz art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp jest błędna i w niedopuszczalny sposób pozbawia skarżącego przysługującego mu na mocy Konstytucji RP oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych prawa do sądu. Wykładnia dokonana przez Izbę stanowi bowiem przejaw niedopuszczalnej na gruncie prawa polskiego wykładni prawotwórczej, polegającej na tworzeniu, pod pozorem interpretacji przepisów, nowych norm prawnych, czy też na modyfikowaniu znaczenia norm już istniejących. Omawiany przepis nie statuuje bowiem obowiązku doręczenia zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie, lecz zgodnie z jego literalną treścią ewidentnie stanowi wyłącznie, iż jednocześnie z czynnością wnoszenia odwołania - za którą uważa się w szczególności złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego, należy dokonać również czynności przekazania kopii tego odwołania zamawiającemu. Z językowego punktu widzenia jasne i logiczne jest zatem, że w świetle powyższego

przepisu nadając przesyłkę poleconą zawierającą odwołanie na adres Prezesa UZP, odwołujący może jednocześnie nadać przesyłkę z kopią tego odwołania na adres zamawiającego. Nie powinno w takim przypadku budzić wątpliwości, że wymóg jednoczesności tych czynności zostaje zachowany, jeżeli zostają one dokonane mniej więcej w tym samym czasie.

Uznaniu literalnej wykładni analizowanych przepisów za wystarczającą nie stoi na przeszkodzie fakt, iż pojęcie „przekazanie” jest o tyle niejednoznaczne pod względem językowym, że może oznaczać zarówno „wysłanie” jak i „doręczenie”. Właściwe znaczenie wynika bowiem z kontekstu jego użycia w konkretnych przepisach, w tym ustawy o Pzp. 1 tak. skoro przekazanie kopii odwołania zamawiającemu ma nastąpić jednocześnie z wniesieniem odwołania do Prezesa UZP. a to może nastąpić w placówce pocztowej operatora publicznego do godziny 24.00 ostatniego dnia terminu na wniesienie odwołania, oznacza to, że również przekazanie kopii zamawiającemu musi być dopuszczalne w tym terminie, skoro ma być jednocześnie. Oczywistym jest przy tym, że nie jest możliwe doręczenie zamawiającemu jakiegokolwiek pisma poza godzinami urzędowania jego biura, a to oznacza, że w omawianym przepisie nie chodzi o „doręczenie” ale o „wysłanie”. Tylko bowiem w takim przypadku przepis art. 184 ust. 2 Pzp stanowi spójną i logiczną całość i zapewnia wnoszącemu odwołanie możliwość rzeczywistego skorzystania z przysługującego mu pełnego terminu na wniesienie odwołania.

Gdyby uznać zasadność interpretacji przepisu art. 184 ust. 2 Pzp dokonanej przez Izbę, to oznaczałoby to, według skarżącego, że w istocie termin na wniesienie odwołania do Prezesa UZP jest znacznie krótszy niż 10 dni. Skoro bowiem kopia tego odwołania musiałaby zostać zamawiającemu faktycznie doręczona przed upływem tego terminu, a wniesienie odwołania musiałoby być złożone jednocześnie z przekazaniem tej kopii („jednoczesność” obejmuje przecież obie te czynności), to *de facto* oznaczałoby to, że odwołujący się nie mógłby wnieść odwołania później, niż w terminie zapewniającym doręczenie jego kopii zamawiającemu przed upływem tych 10 dni. Uznanie prawidłowości takiego wniosku jest jednak niedopuszczalne w świetle obowiązujących regulacji prawnych.

Niezależnie od powyższego skarżący zarzucił, że przyjęta przez Izbę wykładnia przepisów art. 184 ust. 2 i 187 ust. 4 pkt 7 Pzp. narusza zasady wyrażone w Dyrektywie Rady Wspólnot Europejskich z dnia 21 grudnia 1989 roku nr 89/665/EWG. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywy 2007/66/WE

Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku. Zgodnie z artykułem 1 ust. 4 tej Dyrektywy państwa członkowskie mogą wymagać aby każdy podmiot, który zamierza skorzystać z procedury odwoławczej, poinformował instytucję zamawiającą o domniemanym naruszeniu oraz o zamiarze wniesienia odwołania, pod warunkiem, że nie ma to wpływu na okres zawieszenia typu *standstill* zgodnie z art. 2a ust. 2, ani na żadne inne terminy do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 2c. Dyrektywa umożliwia nałożenie na wykonawców obowiązku poinformowania zamawiającego o zamiarze wniesienia odwołania, pod warunkiem, że nie ma to wpływu na okres niedopuszczalności zawarcia umowy w sprawie zamówienia, ani na żadne inne terminy do wniesienia odwołania.

Przeciwnik skargi - Zamawiający Port Lotniczego Łódź im. Władysława Reymonta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600 zł + 17 zł tytułem zwrotu opłaty od pełnomocnictwa procesowego. (k.93)

Pełnomocnik przystępujących po stronie przeciwnik skargi: HOCHTIEF Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Warbud Spółki Akcyjnej w Warszawie, HOCHTIEF Construction AG w Essen (Niemcy) wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości podwójnej stawki, (k.93)

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna.

Zgodnie z treścią art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Istota rozpoznawanej skargi sprowadza się do interpretacji treści powołanego przepisu w zakresie obowiązku skarżącego jednoczesnego przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. Ustawa prawo zamówień publicznych w sposób systemowy reguluje problematykę udzielania zamówień publicznych i postępowania przed organami uprawnionymi do rozpatrywania środków odwoławczych. Tylko w razie wyraźnego odesłania ustawodawcy w postępowaniu związanym z udzieleniem zamówienia publicznego stosuje się odpowiednie przepisy procedury cywilnej. Wskazać trzeba, iż zgodnie z ogólnie obowiązującą zasadą składania oświadczeń woli i oświadczeń wiedzy uważa się je za złożone z chwilą dojścia do adresata. Ta generalna zasada znajduje także potwierdzenie w ustawie Prawo zamówień publicznych np. w treści art. 180 ust. 2 Pzp zdanie II, zgodnie z którym protest uważa się za wniesiony z chwilą gdy dotarł on do Zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Jednakże przepis art. 184 ust. 2 zdanie II wprowadza odstępstwo od powyższej reguły i jako wyjątek nie może być interpretowany rozszerzająco. W treści tego przepisu ustawodawca wyraźnie zaznaczył, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu. Brak jest jakichkolwiek przesłanek, aby wbrew wyraźnemu brzmieniu przepisu, zrównać wymóg jednoczesnego przekazania kopii odwołania Zamawiającemu z wniesieniem odwołania do Prezesa UZP poprzez złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego. Gdyby celem ustawodawcy było wprowadzenie takiej możliwości, redakcja niniejszego przepisu byłaby inna.

Podnieść trzeba, iż w sytuacjach w których ustawodawca chciał zrównać skutek nadania pisma ze skutkiem złożenia (wniesienia) wyraźnie to uczynił - jak choćby w treści art. 27 ust 5 Pzp. Ze zdania 1 art. 184 ust. 2 Pzp wynika, iż przekazanie kopii odwołania ma być dokonane jednocześnie z wniesieniem odwołania do Prezesa UZP, a więc owo przekazanie nastąpić musi w zastrzeżonym pięciodniowym terminie dla dokonania tej czynności (tak też Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych Komentarz 2007, opubl. Legalis). Użycie przez ustawodawcę sformułowania „przekazanie kopii” oznacza, iż nie musi być zachowana w tym przypadku przyjęta w trybie art. 27 Pzp określona forma kontaktów stron postępowania. Przekazanie może nastąpić w drodze elektronicznej, faksem, przesyłką kurierską. Złożenie kopii dla Zamawiającego w placówce pocztowej operatora publicznego także spełnić! ten wymóg, o ile przesyłka dotrze do adresata w określonym terminie. Wprowadzony przez ustawodawcę wymóg jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu oznacza, iż przekazanie ma być dokonane w ten sposób, aby Zamawiający w określonym terminie uzyskał informację o wniesieniu odwołania do Prezesa UZP. Jest to bardzo istotne, gdyż tylko wtedy Odwołujący się może mieć pewność, że skutecznie powstrzymał Zamawiającego przed podpisaniem umowy. Zamawiający, który nie otrzymał informacji o złożeniu odwołania w określonym terminie, mógłby - działając w dobrej wierze i zgodnie z obowiązującymi przepisami - skutecznie zawrzeć z wykonawcą umowę o wykonanie przedmiotowego zamówienia (UZP: Zamówienia publiczne. Orzecznictwo zespołu arbitrów. Przegląd wybranych wyroków wydanych w okresie styczeń - czerwiec 1999 rok, Warszawa 1999, str. 32-33).

W niniejszej sprawie skarżący wysłał Zamawiającemu kopię odwołania listem

poleconym, który odebrał w dniu 15 czerwca 2009r., podczas gdy termin 10 dni upłynął w dniu 13 czerwca 2009r. Zasadnie zatem Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie.

Jako dodatkowy argument na poparcie prezentowanego stanowiska co do konieczności faktycznego przekazania Zamawiającemu odwołania w określonym pięciodniowym terminie - wskazać należy, iż zgodnie z dyspozycją art. 184 ust. 6 Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.) o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. A zatem w postępowaniu odwoławczym zastosowanie znajdzie przepis art. 1160 k.p.c., który w § 1 statuuje ogólną zasadę doręczeń w postępowaniu przez sąd polubowny i przewiduje, iż jeżeli strony nie postanowiły inaczej, zawiadomienie pisemne uważa się za doręczone, gdy zostało wręczone osobiście adresatowi albo dostarczono je do jego siedziby albo miejsca jego zwykłego pobytu lub na wskazany przez niego adres pocztowy. Przepis powołanego artykułu zrównuje doręczenie z faktycznym wręczeniem adresatowi, odmiennie do ogólnych zasad regulujących problematykę doręczeń w postępowaniu cywilnym.

Nie sposób także zgodzić się ze skarżącym, że zaprezentowana wykładnia jest niezgodna z Dyrektywą Rady Wspólnot Europejskich z dnia 21 grudnia 1989 roku nr 89/665/EWG, w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku.

Mając powyższe na uwadze. Sąd w trybie art. 198 ust 2 Pzp oddalił skargę.

Podstawę rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu stanowił art. 98 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności stron za wynik procesu. Koszty procesu w niniejszej sprawie ponosi Skarżący, ponieważ przegrał sprawę w całości. Zarówno Zamawiający jak i przystępujący po jego stronie reprezentowani byli w postępowaniu przed Sądem przez pełnomocników w osobach radców prawnych. W treści rozporządzenia Ministra

Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu z dnia 2002-09-28 (Dz.U. 2002 Nr 163, poz. 1349) nie ma określonych stawek wynagrodzenia pełnomocników za czynności podejmowane przed Sądem w sprawie ze skargi od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W § 5 rozporządzenia istnieje wskazanie, iż wysokość stawek minimalnych w sprawach nieokreślonych w rozporządzeniu ustala się, przyjmując za podstawę stawkę w sprawach o najbardziej zbliżonym rodzaju. Na podstawie tej regulacji Sąd w oparciu o § 4 ust. 1 ppkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym z dnia 9 lipca 2007r. w związku z § 12 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu - zasądził od Skarżącego na rzecz Zamawiającego kwotę 1.817 złotych i na rzecz przystępującego po stronie Zamawiającego kwotę 2.717 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.